UNIVERSITE DE MONTPELLIER. — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI SUR UNE TENDANCE ACTUELLE

A L'UNIFICATION

DU DROIT CIVIL
ET DU DROIT COMMERCIAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

J. GAUFFRE

LAURÉAT DES SIX CONCOURS DE LICENCE DE LA FACULTÉ DE MONTPELLIER
(SIX PREMIERS PRIX)
PRIX DE LA VILLE DE MONTPELLIER (1894)
LAURÉAT DU CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS (1894)
(2me MENTION)

MONTPELLIER
IMPRIMERIE GUSTAVE FIRMIN ET MONTANE
Ancien Hôtel de la Faculté des Sciences

M DCCC XCVIII

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546807_0002

ESSAI SUR UNE TENDANCE ACTUELLE

A L'UNIFICATION

DU DROIT CIVIL

ET DU DROIT COMMERCIAL

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM. **Vigié,** Doyen, professeur de Droit civil, chargé du cours d'Enregistrement.

Valabrègue, assesseur, professeur de Droit commercial.

Brémond, professeur de Droit administratif.

Gide, professeur d'Économie politique, en congé.

Laurens, professeur de Droit civil, chargé du cours de Législation notariale.

Glaize, professeur de Procédure civile, chargé des cours de Voies d'exécution et de Législation financière.

Laborde, professeur de Droit criminel, chargé du cours de Législation et d'Economie industrielles.

Charmont, professeur de Droit civil, chargé du cours de Droit civil dans ses rapports avec le Notariat.

Chausse, professeur de Droit romain.

Meynial, professeur d'Histoire du Droit.

Barde, professeur de Droit constitutionnel.

Declareuil, professeur de Droit romain, chargé d'un cours d'Histoire du Droit public français et du cours de Pandectes.

Valéry, professeur adjoint, chargé du cours de Droit international public et de Droit international privé.

Chauvin, agrégé, chargé d'un cours d'Économie politique.

Brouilhet, chargé d'un cours d'Économie politique.

Giraud, secrétaire.

MEMBRES DU JURY :

MM. **Chausse,** *président.*
Valabrègue, } *assesseurs.*
Valéry, }

UNIVERSITE DE MONTPELLIER. — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI SUR UNE TENDANCE ACTUELLE

A L'UNIFICATION

DU DROIT CIVIL
ET DU DROIT COMMERCIAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

J. GAUFFRE

LAURÉAT DES SIX CONCOURS DE LICENCE DE LA FACULTÉ DE MONTPELLIER
(SIX PREMIERS PRIX)
PRIX DE LA VILLE DE MONTPELLIER (1894)
LAURÉAT DU CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS (1894)
(2me MENTION)

MONTPELLIER
IMPRIMERIE GUSTAVE FIRMIN ET MONTANE
Ancien Hôtel de la Faculté des Sciences

M DCCC XCVIII

MONTPELLIER. — IMPRIMERIE GUSTAVE FIRMIN ET MONTANE.

A MES PARENTS

J. GAUFFRE

INTRODUCTION HISTORIQUE

Dans les sociétés primitives composées d'un groupe restreint de familles, produisant elles-mêmes les choses indispensables à leurs besoins, les relations commerciales étaient nulles ou peu étendues. Avec le développement de la civilisation, le commerce, et surtout le commerce international, devint nécessaire à la vie sociale. Mais le droit civil, formaliste, conservateur et hostile aux étrangers, était une entrave incessante à la prospérité du négoce. Il fallait donc ou élaborer un droit spécial au commerce, ou simplifier et assouplir le mécanisme du droit existant. C'est à ce dernier parti que s'arrêta le génie juridique romain. En regard du *jus strictum*, rigoureux, sacramentel et jalousement national, se développa, sous l'influence du préteur pérégrin, de la théorie et de la pratique, un droit nouveau dégagé de formalités, applicable aux citoyens comme aux étrangers, le *jus gentium*, véritable droit commercial universel, international (1). Grâce aux efforts systématiques des prudents, dont la tendance unificatrice répugnait à ce dualisme législatif, le droit des gens et le droit strict se réunirent, au cours des âges, en un droit éminemment cosmopolite, large et compréhensif, où les usages commerciaux étaient obligatoires, la volonté des parties souveraine et les considérations d'équité prépondérantes. Dans une législation aussi

(1) V. Ihering, *Esprit du droit romain*, t. I, p. 232.

libérale, aussi directement inspirée des besoins de la vie active, il n'y avait aucune place pour un droit spécial au négoce. A vrai dire, certaines institutions d'origine commerciale présentaient bien dans le droit civil une physionomie particulière, mais elles n'étaient ni assez nombreuses, ni assez importantes pour en rompre l'harmonie (1)

Lorsque à l'unité romaine succéda le morcellement féodal, le désordre des temps nouveaux et la difficulté des communications entravèrent longtemps les entreprises commerciales. Il faut arriver aux Croisades, qui ouvrirent à l'Europe les marchés de l'Orient, pour assister au réveil des transactions et à la reprise de l'activité mercantile. Ce furent les cités italiennes, Venise, Gênes, Florence, Milan et Pise, qui, à la faveur de leur situation géographique, servirent d'intermédiaires entre les places du Levant et les pays occidentaux : « On vit alors, écrit M. Thaller, ce qui ne s'était jamais vu, pas même à Carthage et à Athènes, des commerçants formant des cités presque à eux seuls, et pliant les ressorts de leur gouvernement à un but de pur négoce (2). » Réunis en associations puissantes, les marchands qui peuplaient les Républiques italiennes trouvèrent dans l'organisation corporative le moyen de régler eux-mêmes leurs intérêts professionnels. Sous leur impulsion énergique, les relations commerciales prirent un essor inouï. Tous les jours, des faits nouveaux surgissaient de la pratique mercantile, qui ne trouvaient pas une réglementation suffisante dans le droit romain, depuis longtemps condensé en d'immuables recueils, où chaque

---

(1) Par exemple : l'*actio exercitoria,* le *receptum argentarii,* le *nauticum fenus*, etc.

(2) Thaller, *De la place du commerce dans l'histoire générale et du droit commercial dans l'ensemble des sciences.* (*Annales de droit commercial,* année 1892, p. 113.)

rapport juridique était analysé et classé d'une façon définitive (1). A ce droit immobile, il fallait substituer des règles élastiques pouvant s'adapter facilement aux institutions naissantes et en favoriser les progrès.

Les communautés des marchands surent parfaitement résoudre le problème par la création des consulats. Le consul de chaque corporation cumulait le double rôle de législateur et de juge. A son entrée en fonctions, il prêtait un serment dont le texte contenait de nombreuses dispositions relatives à l'administration de la justice. Ces règles, révisées et codifiées sous le nom de statuts, devinrent l'expression des principes que les consuls avaient mission d'appliquer comme juges des litiges commerciaux. Ainsi s'élabora la législation nouvelle, si différente par son tour technique et professionnel du droit civil, renfermé dans les compilations romaines, qui restait d'ailleurs applicable en dehors des corporations (2).

La distinction du droit privé en droit civil et en droit commercial, inconnue aux jurisconsultes romains, était désormais un fait accompli. D'Italie, où elles étaient apparues aux XI^e^ et XII^e^ siècles, les coutumes commerciales pénétrèrent en France, quand les marchands ultramontains furent attirés dans notre pays pour y organiser le marché national. La vulgarisation de ces usages, d'abord reçus dans les foires de Champagne, de Brie et de Lyon, fut favorisée par la création de juges spéciaux, les gardes ou conservateurs des foires, compétents pour connaître des difficultés relatives aux contrats forains. Un nouveau progrès fut inauguré par l'édit du 29 avril 1464, qui octroyait « pouvoir aux conseillers, bourgeois, manants et habitants de la ville de Lyon de commettre

(1) Jitta, *Méthode de droit international privé.*

(2) Vivante, *Un code unique des obligations.* (*Annales de droit commercial,* 1893.)

un prud'homme suffisant et idoine pour régler les contestations qui pourraient arriver entre les marchands fréquentant les foires. » C'était un premier pas fait en France vers l'organisation d'une magistrature tirée des entrailles mêmes du commerce, plus capable que toute autre de diminuer les frais de procédure, d'en bannir les formalités superflues et de statuer dans lès procès survenus entre négociants, d'après la réelle intention des parties et leurs véritables besoins ; idée féconde, qui fut reprise par l'Ordonnance de 1563, créatrice de cette juridiction consulaire élue par les notables, que nous conservons encore aujourd'hui malgré quelques modifications imposées par la différence des temps (1).

L'établissement des tribunaux de commerce en face des juridictions civiles consacra et accentua chez nous la scission de la législation privée en deux branches afférentes l'une au droit civil, l'autre au droit commercial. Cette distinction, accueillie par l'Ordonnance du commerce de 1673 et celle de la marine de 1681, puis reproduite par le Code de 1807, est passée dans presque tous les Etats où la codification napoléonienne a exercé quelque influence. En Belgique et aux Pays-Bas, comme en Allemagne, en Italie, en Portugal et en Espagne, dans les colonies américaines de ces deux nations, et même dans les Etats orientaux tels que la Turquie, l'Egypte et le Japon, le droit commercial fait antithèse au droit civil. Seuls, l'Angleterre et les Etats-Unis de l'Amérique du Nord sont restés étrangers à ce mouvement, parce que dans les pays de civilisation anglo-saxonne le droit progresse surtout en vertu de la jurisprudence et de la coutume, dont l'élasticité et la souplesse permettent sans difficulté de

(1) Thézard, *De l'influence des relations commerciales sur le développement du droit privé.* (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1873-1874.)

faire rentrer les institutions nouvelles dans le cadre du droit général.

Partout ailleurs, il a fallu s'attacher à délimiter le champ d'application respectif de la loi civile et de la loi commerciale. Tant que cette dernière conserva son caractère primitif de droit coutumier essentiellement personnel, applicable seulement aux contestations survenues entre commerçants et aux litiges où ils étaient défendeurs, le droit civil restant la loi des autres relations juridiques, le problème n'entraîna pas de sérieuses complications ; mais il devint singulièrement difficile et ardu le jour où le droit commercial, agrandissant son empire, s'étendit progressivement aux dépens du droit civil.

Lorsque l'esprit de spéculation commença à envahir toutes les classes de la société, on vit assez fréquemment de simples particuliers accomplir des actes de commerce, et se trouver impliqués à leur occasion dans un procès commercial. Il parut dès lors raisonnable de porter de semblables contestations devant la juridiction consulaire. Mais comme les règles de compétence des tribunaux de commerce, telles que nous les avons indiquées, étaient en elles-mêmes exclusives d'un pareil résultat, on imagina de réputer commerçant tout individu agissant en justice en vertu d'un acte accidentel de spéculation mercantile, sans égard d'ailleurs à la qualité de demandeur ou de défendeur qu'il occupait dans l'instance. Cette ingénieuse fiction bouleversa le caractère traditionnel du droit commercial, qui cessa peu à peu d'être le privilège d'une catégorie de citoyens pour devenir la règle objective de certaines opérations de jour en jour plus nombreuses : après s'être tout d'abord dessinée dans les coutumes italiennes (1), la tendance à transférer le droit

(1) *Statut. Placentiæ* (1340), chap. *De fugitivis.* « Quæcumquæ per-

commercial de la personne sur les actes s'est affirmée et précisée dans la première codification des usages commerciaux, l'Ordonnance française de 1673, dont le titre XII contient en germe la théorie du Code de 1807 sur les actes de commerce. En dépit de son nom de « Règlement sur le commerce des marchands », l'Ordonnance assujettit à la juridiction consulaire tout signataire d'une lettre de change, et toute personne obligée en vertu d'un contrat d'assurance maritime ou d'une convention d'affrètement, remarquable extension de la loi commerciale, dont Jousse définissait ainsi la portée : « Les bourgeois et autres qui ne sont ni marchands, ni artisans, même les officiers qui se mêlent d'acheter et de revendre sont réputés marchands, quoiqu'ils ne fassent le commerce qu'en passant ». L'Ordonnance de 1673 consacrait donc un système mixte qui faisait dépendre l'application de la loi commerciale soit de la profession habituelle des personnes, soit de la nature de leurs actes (1).

---

sona aget vel conveniet de cetero ex causa negotiationis vel cambii intelligitur esse mercator absque probatione. »

Statut. de Milan (1350), chap. *De fugitivis*. « Quod omnes contrahentes ex causa negotiationis vel cambii habentur et reputantur pro mercatoribus. »

Cf. Vivante, *Un code unique des obligations*. (*Annales de droit commercial*, 1893, p. 5, note 7.)

(1) On peut rapprocher l'évolution suivie par le droit commercial du développement des juridictions ecclésiastiques au moyen-âge. L'Eglise prétendit d'abord connaître seule de toutes les poursuites à fins civiles ou répressives intentées contre les membres du clergé. Peu à peu elle étendit sa compétence des personnes aux actes mêmes, en se saisissant de toutes les questions qui touchaient de près ou de loin aux sacrements et aux actes de foi. C'est par ce moyen qu'elle s'était arrogée compétence dans les causes matrimoniales, les questions de légitimité, les rapports pécuniaires des époux, les testaments, etc. (Cf. Esmein, *Cours d'histoire du droit français*, p. 274 et suiv.)

Ces idées ont été développées par notre Code actuel qui, après avoir donné la définition du commerçant, traite des actes de commerce à propos de la compétence des Tribunaux consulaires (art. 632 et 633). Si un ordre différent a été suivi par les Codes étrangers, ce sont, au fond, les mêmes principes qui ont présidé à leur rédaction. Dans le Code italien, le Code espagnol et la Loi belge du 15 décembre 1872, l'énumération des actes de commerce vient après la définition du commerçant. Le Code allemand consacre un livre entier (le livre IV) à la liste des actes de commerce, aux règles générales qui les régissent et aux règles spéciales applicables aux principaux d'entre eux, méthode qui est aussi celle du Code hongrois, dont la seconde partie correspond au livre IV du Code allemand (1).

Cependant, un critérium nouveau paraît se dégager de la codification germanique et des lois commerciales les plus récentes.

Tandis que le Code de commerce français et les législations qui marchent à sa suite, se rattachent uniquement pour la détermination de la sphère du droit commercial à la profession habituelle des personnes et à la nature de leurs actes, le Code allemand la fait dépendre, dans une certaine mesure, de l'accomplissement d'une formalité particulière, l'immatriculation sur le registre du commerce (Handelsregister) de la signature de tout individu qui s'adonne à une entreprise mercantile.

A chaque commerçant qui sollicite l'enregistrement de sa signature, ce livre ouvre un compte sur une page spéciale où

---

(1) Ce Code vient d'être l'objet d'une refonte après le vote du Code civil de l'Empire allemand. Nous n'avons pas pu avoir connaissance de ce document, qui doit entrer en vigueur en l'année 1900. (Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, p. 45, note 1.)

mention doit être faite, dans un but de publicité, de tout ce qui peut intéresser les tiers avec lesquels le commerçant est en relations d'affaires ; où, par exemple, doivent être inscrits le nom de ses fondés de pouvoir, le nombre et le siège de ses succursales, la cession de son fonds de commerce, la constitution d'une société pour l'exploiter, la déclaration de faillite, etc. Chacun peut, à volonté, obtenir communication du registre pour en prendre connaissance, et même en requérir des extraits. Pour que cette institution puisse rendre tous les services qu'on est en droit d'en attendre, le Code de commerce allemand déclare l'immatriculation obligatoire. La désobéissance à ses prescriptions est sanctionnée par la privation de quelques-uns des avantages que la loi reconnaît en principe aux commerçants ; système qui revient à conférer des privilèges aux commerçants immatriculés, à faire dépendre, en un mot, l'application intégrale du droit commercial de l'accomplissement d'un acte solennel. Ainsi « les commerçants immatriculés seuls peuvent remplir les formalités nécessaires pour s'assurer la propriété des marques de fabrique ou de commerce qu'ils apposent sur leurs marchandises ; seuls, ils sont éligibles comme juges de commerce ; enfin le renvoi devant la juridiction commerciale ne peut être demandé que par un commerçant immatriculé, quand la compétence de cette juridiction dépend de la qualité du défendeur » (1). Imité en Autriche, en Hongrie, en Roumanie et en Espagne, ce système a été adopté par le Code fédéral suisse des obligations, où il a reçu une empreinte plus originale et plus caractéristique encore : l'immatriculation, obligatoire pour les commerçants,

---

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, p. 172 et suiv. (V. Code de commerce allemand, art. 12 à 27. Loi allemande du 30 nov. 1874 sur la protection des marques (art 1er). Loi allemande de 1877 sur l'organisation judiciaire, articles 104 et 113.)

est facultative pour les non-commerçants, qui peuvent la demander pour augmenter leur crédit. Malgré la promulgation du Code fédéral de 1883, il existe, en effet, dans la plupart des cantons, des lois ou des règlements particuliers organisant des procédures ou des voies d'exécution expéditives contre les personnes obligées par lettres de change. Mais on ne peut y recourir, d'après le Code fédéral, que contre les particuliers dont le nom a été inscrit sur les registres du commerce : ainsi, pour les cas où il convient encore, dans l'état actuel de la législation helvétique, de distinguer le droit commun d'un droit exceptionnel plus énergique et plus rapide, ce n'est désormais ni à la profession habituelle du défendeur, ni à la nature de l'opération litigieuse qu'il faut se référer pour déterminer la loi applicable en l'espèce, mais à la vérification d'une formalité toute matérielle, l'immatriculation sur un registre spécial.

Ce retour au formalisme n'est pas d'ailleurs particulier aux législations étrangères. Il a fait son apparition en France avec la loi du 1er août 1893, dont l'article 68 dispose que : « quel que soit leur objet, les Sociétés en commandite ou anonymes qui seront constituées dans les formes du commerce ou de la présente loi, seront commerciales et soumises aux lois et aux usages du commerce ».

Chaque phase de cette évolution marque une conquête de la loi commerciale aux dépens de la loi civile, et met en lumière sa tendance à s'ériger en droit commun sous l'influence des besoins de célérité et de crédit, qui vont en augmentant tous les jours.

Mais les empiètements du droit spécial ou exceptionnel créé dans l'intérêt du négoce, n'ont jamais été plus sensibles qu'à l'époque où nous vivons. C'est qu'en effet, la concurrence a cessé d'être un fait d'ordre particulièrement commercial, pour devenir la loi générale de toutes les classes de la

société qui se mêlent et se confondent dans la lutte pour la vie. On réclame, de toutes parts, des règles plus simples, de nature à encourager les initiatives au lieu de comprimer leur essor. Pourquoi des dispositions bonnes pour les commerçants ne le seraient-elles pas pour la masse de la population ? Pourquoi deux droits distincts et souvent rivaux dans une société qui ne connaît plus ni les privilèges, ni les castes ?

Si la marche de la civilisation a amené la séparation des deux lois, il semble qu'un nouveau progrès soit en voie de les ramener à l'unité, comme nous allons essayer de le démontrer par l'étude successive du critérium de la commercialité, des contrats et obligations, des actions (organisation judiciaire, compétence et procédure), et des méthodes d'exécution (déconfiture et faillite).

ESSAI SUR UNE TENDANCE ACTUELLE

A L'UNIFICATION

DU DROIT CIVIL ET DU DROIT COMMERCIAL

PREMIÈRE PARTIE

CONTRATS ET OBLIGATIONS

CHAPITRE PREMIER

DE LA DISTINCTION DES ACTES CIVILS ET COMMERCIAUX

Il serait d'une extrême importance que l'interprète fût en possession d'un critérium certain lui permettant de dégager avec exactitude le caractère commercial ou civil d'une opération juridique. De la solution de cette question de principe dépendent, en effet, des conséquences nombreuses trop souvent développées par les auteurs, pour que nous ayons encore à les reproduire (1). Rappelons seulement les trois principaux intérêts qui dérivent, dans le système du Code de 1807, de la détermination des actes commerciaux :

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, p. 78, § 89 et suiv., 2e édit.

1° Ils rendent commerçants ceux qui en font leur profession habituelle (art. 1er C. com.) ;

2° Ils attribuent compétence à la juridiction consulaire, même quand ils ne constituent que des opérations isolées et purement accidentelles ;

3° Ils peuvent le plus souvent s'établir par les modes de preuve indiqués dans l'art. 109 (C. com.) et notamment par des témoignages et par de simples présomptions.

Toutefois, malgré l'influence de la commercialité soit dans les questions de fond, soit dans celles de procédure, on en chercherait vainement la définition dans le Code de 1807. Loin de procéder par idées générales, notre législateur s'est contenté de dresser dans deux articles (632 et 633 du C. com.) une liste détaillée des actes de commerce, sans qu'aucun principe rationnel paraisse l'avoir guidé dans cette nomenclature. L'expérience a depuis longtemps révélé le vice de cette méthode, qui présente le double inconvénient d'entraver la prompte expédition des affaires et de susciter de nombreux procès. C'est ainsi que l'on voit trop souvent des débiteurs, assignés en déclaration de faillite, s'efforcer d'en éviter les conséquences en déniant leur qualité de commerçants, ou des défendeurs, poursuivis en vertu d'un acte de spéculation ne rentrant pas expressément dans l'énumération de la loi, chercher à retarder une condamnation inévitable, au moyen d'une exception d'incompétence fondée sur le caractère mal défini de l'opération en litige.

Aussi la science juridique a-t-elle tenté de faciliter la solution de ces controverses en essayant de déterminer *à priori* à quel signe on peut reconnaître la nature commerciale ou civile d'une opération juridique. On a tout d'abord proposé de couper court à toute difficulté en attribuant à la nomenclature des art. 632 et 633 un caractère strictement limitatif que justifieraient d'ailleurs les conséquences parfois rigoureuses de la

loi commerciale (faillite, peines particulières édictées contre les commerçants) (1). Mais au lieu de supprimer les difficultés, ce système les a fait naître, parce qu'il est pratiquement d'une application impossible. Admettre pour les art. 632 et 633 C. com., l'interprétation restrictive, c'est mettre fatalement en conflit la théorie et la pratique. Comment, en effet, poser des limites infranchissables dans une matière aussi mobile, variable et progressive? Comment exclure sans arbitraire du bénéfice du droit commercial les combinaisons nouvelles que feront surgir demain l'esprit de spéculation ou les progrès chaque jour grandissant du commerce et de l'industrie? Frappés de ces inconvénients, certains auteurs, tout en reconnaissant à l'énumération légale des actes de commerce un caractère limitatif, décident que « l'analogie et les motifs mêmes de la loi doivent parfois faire déclarer commerciaux des actes qu'elle n'a pas expressément nommés » (2). Mais il y a dans ce tempérament un grave défaut de logique, l'interprétation rigoureuse d'un texte étant incompatible avec son extension par argument d'analogie. C'est pourquoi la jurisprudence, d'accord avec la majorité de la doctrine, admet que le législateur n'a pas eu la prétention de donner dans les articles 632 et suivants une liste complète et limitative des actes de commerce, mais qu'il s'est borné à citer les principaux à titre d'exemple, voulant laisser aux tribunaux la faculté de placer sur la même ligne les faits analogues par lui omis ou imprévus (3).

Il convient donc de faire un pas de plus et de se demander

---

(1) Delamarre et Lepoitevin, t. I, n° 37.

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, § 104.

(3) Pardessus, *Cours de Droit commercial*, t. I, p. 347 ; — Dalloz, *Jurisp. gén.*, n° 16 ; — Alauzet, t. IV, p. 2049 ; — Colfavru, *Droit. com. comparé*, p. 2; — Villeneuve et Massé, *Dict. de Contentieux comm.*, t. I, p. 18, etc., etc.

à quelles opérations les juges devront attribuer le caractère commercial. Peu de questions sont plus controversées et plus obscures. Il nous semble cependant que l'interprète peut arriver à élaborer la synthèse de la commercialité en s'aidant à la fois des principes de la science économique et de l'esprit de notre législation positive. Aux yeux des économistes, le commerce est cette branche de l'activité humaine qui se propose d'assurer l'échange des valeurs ou la circulation des produits en les dirigeant de leur centre de provenance vers leurs débouchés naturels, et le commerçant est celui qui les acquiert non pas pour les appliquer à son usage personnel, mais pour les revendre et en trouver le placement (1).

Il résulte de cette notion que le commerçant n'est qu'un intermédiaire, l'acte de commerce un simple fait d'entremise. Le seul point délicat est de déterminer en quoi ce fait doit exactement consister. Quelques auteurs, s'en tenant aux pures données de la logique, reconnaissent le caractère commercial à tout acte de spéculation exercé par un intermédiaire, sans s'inquiéter du point de savoir sur quels objets a porté la transaction (2). Mais ce point de vue rationnel ne paraît pas être celui du législateur, qui semble avoir distingué essentiellement entre les transactions portant sur les valeurs mobilières et celles qui ont trait à des biens immobiliers.

Les travaux préparatoires du Code civil contiennent, à ce sujet, un passage des plus significatifs : « Les biens, disait Portalis, se divisent en meubles et en immeubles ; c'est la division la plus générale et la plus naturelle. Les immeubles

---

(1) Boistel, *Précis de Droit comm.*, 3e édit., nos 24 et suiv.

(2) Emile Ollivier (*Revue pratique*, 1856, t. I, 241) ; — Beslay, *Comment. du Code de comm.*, nos 101-113 ; — Garsonnet (*Revue critique*, 1869, t. II, 325) ; — Ruben de Couder, *Dict. de Droit comm.*, Vis Actes de commerce, no 91.

de chaque pays sont communément possédés par les habitants, mais les effets mobiliers comme l'argent, les billets, les lettres de change, appartiennent au monde entier. La distinction des immeubles et des choses mobilières nous donne l'idée des choses proprement civiles et des choses commerciales. Les richesses mobilières sont le partage du commerce, les immeubles sont particulièrement du ressort de la loi civile » (1). Pendant longtemps, en effet, il a été de vérité courante que la propriété foncière est la première des richesses, et que la fortune mobilière doit être reléguée à un degré inférieur. En 1804, l'état économique de l'époque justifiait cette opinion : peu importantes et peu répandues à raison du médiocre développement du commerce et de l'industrie, les valeurs mobilières ne pouvaient conférer à leurs détenteurs des avantages comparables au prestige et à la sécurité que procurait la possession du sol. Dans ces conditions, un puissant intérêt de conservation sociale semblait exiger le maintien de la fortune territoriale dans les mains des mêmes propriétaires. Sous l'influence de ces idées, le législateur du commencement du siècle crut asseoir la stabilité de la propriété foncière sur des bases inébranlables en soumettant dans tous les cas les transactions immobilières aux lenteurs protectrices de la loi civile, peu compatibles avec les exigences de la spéculation mercantile. Les textes de notre droit positif s'inspirent, quoi qu'on en ait dit, de cette conception législative : ainsi l'article 632 C. com. ne répute l'achat pour revendre, acte de commerce, que dans le cas où il s'applique à des denrées ou marchandises, choses évidemment mobilières, comme le prouveraient au besoin les articles 387, 408, 423 et 440 du Code pénal, si on élevait quelque doute à cet égard. Nous pouvons donc, en réunissant les divers éléments de cette discussion,

(1) Portalis, *Discours préliminaire sur le Code civil.* — Locré, t. I, p. 300.

donner, en dernière analyse, le critérium suivant de la commercialité : « Un acte est commercial quand il consiste dans un fait d'entremise ayant pour but d'assurer la circulation d'un produit » (1).

On pourrait objecter à cette théorie que certaines opérations, telles que les entreprises d'agence ou de bureaux d'affaires, déclarées en termes formels commerciales par la loi, ne sauraient rentrer dans cette formule. Mais il ne faut pas exagérer la portée de cette remarque. Il nous semble que le législateur, en énumérant les actes de commerce, a obéi, en général, à la définition que nous venons de donner, tout en sentant la nécessité de placer à titre exceptionnel sous les garanties du droit commercial certaines opérations qui, sans faire partie du commerce proprement dit, lui empruntent ses caractères extérieurs. De pareils faits ne sauraient être déclarés commerciaux sans un texte de loi ; mais il n'y aurait aucune raison valable pour ne pas ajouter aux articles 632 et 633 C. com. des actes qui rentrent incontestablement dans la définition économique du commerce.

Toutefois, en présence des incertitudes de la doctrine, la jurisprudence n'admet pas qu'il soit possible de donner une définition précise de l'acte de commerce ; pour elle, la détermination du caractère civil ou commercial de l'opération litigieuse doit dépendre des circonstances, et notamment du

---

(1) Cf. Thaller, *Courte étude sur les actes de commerce* (*Annales de Droit commercial,* 1895, p. 177). Dans cet article, l'auteur rajeunit d'une façon ingénieuse la théorie de MM. Boistel, *Précis de Droit comm.*, nos 24 et suiv., et Alauzet, *Comment. du Code de comm.*, t. II, n° 11, d'après laquelle le commerce serait une spéculation exercée par un intermédiaire. Le système de ces deux auteurs repose sur une idée vraie au fond, mais il a le défaut de trop élargir la sphère des actes de commerce. Tout d'abord, les faits de spéculation ne sont pas particuliers au négoce, et quant à la notion d'entremise, elle est insuffisante si on ne la précise pas.

point de savoir s'il y a, en l'espèce, un intérêt particulier à rendre la juridiction consulaire compétente ou à assurer par les garanties de la faillite la conservation et le recouvrement d'un actif facile à dissimuler. Cette opinion, fort bien développée par M. Labbé (1), explique sans doute à merveille pourquoi les actes de commerce sont traités autrement que les actes civils ; mais elle a le défaut capital, à nos yeux, de proclamer sans preuves l'impossibilité absolue de dégager le signe distinctif de la commercialité.

Quoi qu'il en soit, des actes nombreux viennent constamment, à la faveur de cette interprétation, se placer sous l'empire du droit commercial, en sorte que celui-ci étend sans cesse son domaine au détriment du droit civil. Cette tendance, très sensible dans la jurisprudence française, va encore en s'accentuant dans les divers États étrangers. Leurs législations se sont gardées, à l'exemple de notre Code, de donner la définition de la commercialité, se contentant comme lui de dresser des listes d'actes commerciaux, mais plus complètes que celle de nos art. 632 et 633 C. com. Le Code belge révisé (loi du 15 décembre 1872, art. 2 et 3), ainsi que les Codes italien (art. 3 à 7), allemand (art. 271 à 277), hongrois (art. 258 à 264), chilien (art. 3), argentin (art. 8), etc., donnent une fort longue énumération des actes qu'ils réputent commerciaux. Le Code espagnol de 1886, exagérant encore la tendance qui entraîne les autres législations dans la voie de l'extension du droit commercial, va même jusqu'à s'abstenir de consacrer une disposition particulière à la nomenclature des actes de commerce, et se borne à appliquer cette qualification aux actes qu'il prévoit et aux autres actes d'une nature analogue (2).

---

(1) Labbé, note sous Cassation (Sirey, 1868-2-329). — *Adde :* Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, § 103.

(2) « Seront réputés actes de commerce les actes prévus par le

Ainsi le droit commercial déborde de toutes parts la frontière indécise qui le sépare du droit civil Il y a là une évolution intéressante dont nous allons chercher à dégager les tendances dans la matière des obligations en nous plaçant au triple point de vue législatif, doctrinal et jurisprudentiel.

---

présent Code et tous les autres actes d'une nature analogue ». (Alinéa 2, art. 2, *Code comm. espagnol* de 1886, traduction Prud'homme, Paris 1891.)

Le Code mexicain, après avoir longuement énuméré les actes de commerce (art. 75), termine en réputant commerciaux tous actes quelconques d'une nature analogue à ceux qui sont mentionnés dans le présent Code.

CHAPITRE II

ACHAT POUR REVENDRE

L'achat, qui est en principe une opération civile, change de nature et constitue le fait commercial le plus usuel et le plus important quand il porte sur des denrées ou marchandises que l'on est dans l'intention de louer ou de revendre (art. 632 Com.) Cette doctrine, incontestable dans le cas où l'objet de la transaction consiste en une chose mobilière corporelle ou incorporelle, suscite au contraire de vives controverses quand il s'agit de l'achat d'un immeuble sur la revente duquel l'acquéreur se propose de spéculer. Au premier abord, on n'aperçoit pas clairement la raison de distinguer entre ces deux sortes de biens, puisque l'esprit de spéculation, qui est celui de l'époque, s'exerce indifféremment sur les valeurs mobilières et sur les biens immobiliers. Très souvent il se crée des entreprises, presque toujours en société, dont le but est d'acheter des terrains pour les revendre. En fait, il est incontestable que la propriété immobilière est entrée dans le commerce ; mais il reste à déterminer si, en l'état des textes, on peut appliquer les principes du Code de 1807 à cette nouvelle manifestation de l'activité mercantile.

Il faudrait la réunion de trois conditions essentielles pour que le premier aliéna de l'article 632 fût applicable aux spéculations immobilières : *a*) un achat, *b*) fait dans l'intention de revendre, *c*) portant sur des denrées ou marchandises. Comme

les deux premières existent évidemment dans l'espèce, toute la question est de savoir si l'on peut assimiler les immeubles à de véritables marchandises. Des auteurs et des arrêts ont admis l'affirmative, sous prétexte que, rien n'identifiant la qualité de marchandise et la qualité de meubles, la dénomination de marchandise doit s'appliquer sans exception à tout ce qui n'a pas été acheté pour un besoin personnel, mais en vue d'une spéculation quelconque (1).

Cette interprétation ne s'harmonise pas avec l'esprit général de nos lois ni avec la lettre du Code de commerce. Nous avons déjà dit que pour les rédacteurs du Code civil la distinction des meubles et des immeubles correspondait à celle des choses civiles et des choses commerciales, et nous avons cité différents textes du Code pénal où le mot *marchandise* ne désigne jamais que des meubles (art. 387, 408, 423, 440). De plus, le système contraire conduit, en bonne logique, à des conséquences inadmissibles. Si l'achat d'un immeuble que l'on se propose de revendre est un acte commercial, il faut reconnaître le même caractère à l'achat d'une maison ou d'un domaine pour spéculer sur sa location, et attribuer la qualité de commerçants aux propriétaires coutumiers de pareilles opérations. On a bien essayé de détruire la portée de cette objection en distinguant l'hypothèse où l'acheteur veut simplement faire un placement, cas où l'opération resterait civile, de celle où il se propose au contraire de distribuer l'immeuble acheté pour le mettre à la

(1) En ce sens : Em. Ollivier (*Revue pratique,* 1856, t. I, 241) ; — Demangeat sur Bravard-Veyrières, t. VI, p. 328; — Beslay, *Comment. du Code de commerce,* n^{os} 107-113 ; — Garsonnet (*Revue critique,* 1869, t. II, p. 325) ; — Ruben de Couder, *Dict. de Droit comm.,* V^{is} Actes de commerce, n° 91 ; — Colmar, 30 déc. 1845 (D. 1846-4-7) ; — Trib. Versailles, 7 avril 1847 (*J. P.,* 1847-2-410) ; — Paris, 21 avril 1849 (D. 1849-2-245) ; — Trib. Seine, 30 novembre 1883 (*Gazette Palais,* 1884-1-260).

portée des consommateurs, cas où son acte deviendrait commercial (1). Mais cette distinction, très difficile à appliquer en pratique, amène à méconnaître des textes positifs. Il y aurait, en effet, arbitraire à la restreindre à la location des maisons; il faut encore l'étendre au louage des biens ruraux, résultat évidemment impossible en présence de l'article 638 C. com., dont le premier alinéa s'oppose en termes formels à la commercialisation de l'industrie agricole. Si, d'ailleurs, les achats d'immeubles pouvaient, dans certaines conditions, constituer des actes commerciaux, les contestations auxquelles ils donneraient lieu seraient de la compétence des tribunaux consulaires (art. 631, 3° Com.), et l'article 639 Com., qui en règle le taux, devrait s'occuper des actions immobilières, et ne pas se contenter, comme il le fait, de parler des actions personnelles mobilières. Enfin l'article 487 Com. fournit à notre système un argument décisif en disposant que l'homologation judiciaire d'une transaction portant sur un intérêt indéterminé ou supérieur à trois cents francs conclue, en cas de faillite, après l'union, doit être donnée par le Tribunal civil quand la transaction est relative à des droits immobiliers, et par le Tribunal de commerce quand le droit litigieux est d'une nature mobilière.

Nous concluons, en conséquence, que l'achat d'un immeuble pour le louer ou le revendre est toujours un acte civil. Le relevé des auteurs et des arrêts nous apprend que cette opinion domine en doctrine et en jurisprdence, et nous montre que la pratique française tend à se fixer dans le sens de la non-commercialité des spéculations immobilières (2). Mais il ne faut pas se hâter de tirer de ce fait argument

---

(1) Garsonnet, *loc. cit.*

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, p. 109-110 ; — Molinier, *Droit comm.*, t. XIV ; — Bravard et Demangeat, t. II, p. 324 ; — P. Pont, *Des Sociétés,* t. I, p. 106 ; — Labbé (Sirey, 1868-2-329) ; — Boistel,

contre notre thèse. Si sur ce point particulier le droit commercial n'a pu vaincre directement la résistance du droit civil, il a su du moins trouver un détour qui lui permettra désormais de régir les achats d'immeubles dans les cas les plus importants : depuis la mise en vigueur de la loi du 1er août 1893, les entreprises immobilières peuvent, en effet, devenir commerciales à la condition de se monter sous la forme de sociétés par actions, en commandite ou anonymes. Tout en applaudissant à cette décision législative, qui permet de restituer à de véritables actes commerciaux leur physionomie naturelle, il nous semble qu'on aboutit à une transaction arbitraire entre le droit civil et le droit commercial. Des opérations identiques sont soumises à des principes différents, selon qu'elles sont faites par une société revêtue de certaines formes, par une société ordinaire ou par un individu isolé. Au premier cas, c'est le droit commercial qu'on applique, le droit civil dans les deux derniers. Cependant des actes analogues devraient jouir des mêmes avantages, et spécialement, les créanciers de l'individu ou de la société qui fait sa profession de spéculer sur l'achat et la revente des immeubles, devraient être protégés en tout état de cause par les garanties de la faillite sans que les questions de forme dussent jamais prévaloir sur les questions de fond.

Quand on se réfère aux législations étrangères, on voit que la difficulté y est diversement résolue. Les Codes allemand et hongrois excluent en termes formels les opérations immobilières

---

op. cit., n° 36 ; — Alauzet, t. VIII, n° 2971, etc. ; — *Adde :* Paris, 8 déc. 1830 (S. 1832-2-94) ; — Orléans, 16 mars 1839 (S. 1839-1-648) ; — Nancy, 30 nov. 1843 (*J. P.*, 1844-2-40) ; — Aix, 10 nov. 1854 (S. 1855-2-245) ; — Paris, 19 mai 1855 (D. 1855-2-181) ; — Trib. d'Annecy, 28 déc. 1884 (*Loi,* n° du 23 août 1885) ; — Bourges, 8 juillet 1885 (S. 1886-2-21) ; — Paris, 16 janv. 1887 (*Gazette Midi,* 27 nov. 1887).

de la liste des actes de commerce (1). Le code italien adopte un système spécial et nouveau : il déclare actes de commerce les achats et ventes d'immeubles quand ils sont faits en vue d'une spéculation commerciale (art. 3, 3). Il résulte de cette disposition que si la loi reconnaît le caractère commercial à l'achat d'un immeuble pour le revendre, elle le dénie à l'achat d'un immeuble pour le louer, afin d'éviter l'inconvénient pratique fort grave de faire considérer comme commerçantes des personnes qui ont voulu simplement réaliser un placement de fonds. Le nouveau Code espagnol de 1885 garde le silence sur la question, système qui permet au juge de déclarer les opérations immobilières commerciales ou civiles d'après les circonstances de la cause (art. 2, 2,). Mais à vrai dire la controverse est loin de présenter à l'étranger l'importance qu'elle a en France, parce que la plupart des États ont fait de la faillite une institution commune aux commerçants et aux non commerçants (Allemagne, Autriche-Hongrie, etc.), que certains d'entre eux ont aboli les tribunaux de commerce (Pays-Bas, Italie), et qu'enfin la preuve testimoniale est librement reçue presque partout à l'étranger.

---

(1) *Code de Comm. allemand* (art. 175), traduction Paul Gide, Lyon-Caen et Renault, Paris 1891 ; — *Code hongrois* (art. 261), traduction Raoul de la Grasserie, Paris, 1894. — Remarquons que le système allemand revient en somme au système français, puisque, aux termes des art. 174 et 208 C. comm., modifiés par une loi du 11 juin 1870, les sociétés en commandite par actions et les sociétés anonymes sont considérées comme commerciales, même quand leur objet est civil.

CHAPITRE III

DES SOCIÉTÉS

La grande division sous laquelle la doctrine étudie la théorie des sociétés est celle des sociétés civiles et commerciales. Sont civiles, les sociétés constituées pour réaliser des opérations civiles, commerciales, celles qui ont pour objet principal de faire des actes de commerce, ou qui, indépendamment de leur objet, ont adopté, depuis la mise en vigueur de la loi du 1er août 1893, la forme des sociétés par actions en commandite ou anonymes. Ces deux groupes de sociétés diffèrent, l'un de l'autre, à de très nombreux points de vue, dont voici les principaux :

a) Les sociétés commerciales peuvent être seules déclarées en faillite, cette institution étant, dans notre droit, particulière aux commerçants.

b) Le Tribunal compétent pour juger les contestations entre associés est le Tribunal de commerce, si la société est commerciale (art. 631 C. c.), le Tribunal civil, dans le cas contraire.

c) La loi du 24 juillet 1867 (art. 55 et suiv.) a organisé des règles de publicité spéciales aux sociétés de commerce.

d) Les actions des créanciers sociaux contre les associés se prescrivent par trente ans dans les sociétés civiles, tandis que, dans les sociétés commerciales, elles sont, quelquefois, soumises à une prescription exceptionnelle de cinq ans à partir de la dissolution de la société (art. 64 C. com.).

e) Les sociétés de commerce constituent des personnes morales distinctes de la personne des associés; mais on discute la question de savoir si on doit accorder le bénéfice de la personnalité aux sociétés civiles.

Aucune différence de nature ne saurait justifier les distinctions que font nos lois entre les sociétés commerciales et civiles. Quel que soit, en effet, son caractère civil ou commercial, la société se présente toujours comme un contrat de spéculation conforme à la définition générale de l'art. 1832 C. civ., c'est-à-dire comme un pacte par lequel « deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. » Pourquoi donc notre système législatif contient-il deux groupes de règles différentes destinées à régir un contrat qui, en dépit de son apparence civile ou commerciale, poursuit toujours le même but? Une étude rapide du développement de la société pourra seule nous permettre de nous rendre compte de cette anomalie.

A l'origine du droit romain, il semble que le contrat de société ait été confondu avec une situation juridique analogue, l'état de communauté ou d'indivision. Le principal effort des prudents, en cette matière, a été de séparer, de différencier les deux espèces, et d'établir pour chacune les règles qui lui sont propres. Ce qui leur a servi surtout à distinguer la société de la communauté, c'est l'esprit qui anime les parties dans cette double hypothèse. Tandis que les communistes, en général étrangers l'un à l'autre, subissent une situation qu'ils n'ont pas contribué à créer, les associés, au contraire, se recherchent et se rencontrent pour la poursuite d'un but commun. Comme on l'a dit en termes excellents : « La communauté consacre un état d'attente, de tolérance et d'inaction, la société suppose un contrat conclu en vue d'une situation pécuniaire à conquérir » (1).

---

(1) Meynial, Note sous Cassation, 23 fév. 1891 (S. 92-1-73).

Ces points de vue différents devaient nécessairement entraîner des organisations dissemblables. Dans l'état d'indivision, l'essentiel, c'est d'éviter les empiètements réciproques des communistes, en réalisant l'équilibre de leurs droits par une réglementation minutieuse de la jouissance de chacun sur le patrimoine indivis. Comme la communauté, la société exige impérieusement des précautions analogues ; mais elle réclame, en outre, une organisation de nature à assurer le crédit collectif de l'entreprise. Les jurisconsultes romains, notre ancienne jurisprudence et les rédacteurs du Code civil ne se sont rendus qu'un compte assez confus de cette nécessité. Le point le plus frappant de l'organisation des sociétés, tant en droit romain qu'en droit français, c'est l'abondance des prescriptions relatives à leur discipline intérieure, et l'absence presque totale de dispositions destinées à faciliter leur fonctionnement et à établir leur crédit. Sans doute, le Code civil interdit bien aux associés le droit de se servir des choses appartenant à la société contre l'intérêt de celle-ci (art. 1859, 2°) et d'aliéner ou engager les choses, même mobilières, qui dépendent de la société (art. 1860), mais il entrave sérieusement son action, en admettant, comme nous le démontrerons plus bas, que les associés sont co-propriétaires par indivis du fonds social, et, partant, que les créanciers sociaux ne jouissent d'aucun droit de préférence sur les créanciers personnels de la société pour la distribution de l'actif social ; que l'associé débiteur d'une personne dont la société est créancière peut opposer la compensation à cette personne jusqu'à concurrence de sa part dans la créance sociale et réciproquement ; et, enfin, que tous les associés doivent figurer aux procès où la société joue un rôle, soit comme demanderesse, soit comme défenderesse.

On comprend que la pratique commerciale n'ait pu s'accommoder de cette législation ; aussi a-t-elle été amenée à imaginer des règles en harmonie plus certaine avec les besoins du

négoce et à faire prévaloir une série de principes tendant à asseoir le crédit des sociétés sur des bases solides, comme ceux de l'engagement solidaire des associés en nom collectif (1), de la publication des statuts sociaux (2) et enfin, de la personnalité des sociétés commerciales, le plus fécond en conséquences.

Le résultat de cette fiction précieuse, admise dès le moyen-âge (3), fut de simplifier les rapports de la société avec les tiers et de lui donner plus de crédit. Erigée en personne civile, la société devient, en effet, propriétaire du fonds social, créancière ou débitrice à l'exclusion des associés. Il suit de là qu'aucune hypothèque légale ou judiciaire provenant de l'un des associés ne peut grever l'actif immobilier de l'être moral société, que les créanciers sociaux sont payés sur les biens de la société avant les créanciers personnels de ses membres, qu'aucune compensation n'est possible entre un associé et un tiers à raison d'une créance ou d'une dette sociale, et enfin que la société est représentée par son gérant dans les procès où elle est engagée sans qu'il soit besoin de mettre en cause les autres associés.

De pareils avantages ont fait naître la question de savoir s'il est impossible d'étendre le bénéfice de la personnalité aux sociétés civiles. Rationnellement, on n'aperçoit aucun motif valable pour distinguer, à ce point de vue, les deux groupes de sociétés, puisqu'on ne peut signaler entre elles aucune diffé-

---

(1) Art. 7, titre IV. Ord. 1673.

(2) Art. 358 de l'Ord. de Blois de 1579 ; art. 414 de l'Ord. de 1629 ; art. 2-6 de l'Ord. de 1673, tit. IV.

(3) « Societas, disait Straccha, est corpus mysticum ex pluribus nominibus conflatum. » (Decis Rotgen, VII, IX, X). — « Aliud est corpus unius societatis, et aliud est quilibet socius ipsius societatis » (Scaccia, *Quæst*, t. I, n° 450). — « La société est une personne civile qui a ses droits et ses attributs particuliers » (Emerigon, *Des Assurances*, t. I, p. 324-325).

rence de nature, et qu'elles ont toutes un égal besoin de la personnalité. Ces considérations ont déterminé en jurisprudence un mouvement presque unanime en faveur de l'extension de la personnalité juridique aux sociétés civiles. Dès 1831 et 1832, les Cours d'appel (1), suivies, en 1836, par la Cour de cassation (2), affirment qu'il est de la nature des choses que toute société constitue une personne distincte de celle des associés. Cette théorie ne tarde pas à être confirmée par de nombreux arrêts postérieurs, qui la reprennent et la précisent. Ainsi, tandis que l'arrêt précité de 1836 posait en principe que la société civile forme un être juridique comme la société de commerce, il décidait, par une étrange contradiction, que tous ses membres doivent figurer dans les instances où elle est intéressée. Mais en 1834 et 1835, deux arrêts firent prévaloir la solution inverse, seule en harmonie avec le point de départ de la Cour suprême, et parurent marquer la dernière étape de l'évolution jurisprudentielle en cette importante matière (3). Rares, en effet, sont les arrêts ou jugements qui ont résisté à l'assimilation des sociétés civiles et des sociétés commerciales au point de vue qui nous occupe. En jurisprudence, leur nombre très restreint en affaiblit considérablement l'autorité (4).

Si, pour établir son opinion, la Cour suprême s'est, en général, contentée de simples affirmations, les auteurs qui ont

---

(1) Paris, 9 août 1831 (S. 1831-2-259) ; — Bordeaux, 2 avril 1832 (S. 1832-2-237).

(2) Cass., 8 nov. 1836 (S. 1836-1-811).

(3) Cass., 21 juillet 1854 (S. 1854-1-489) ; — 18 nov. 1865 (S. 1866-1-415) ; — 3 fév. 1868 (D. 1868-1-225) ; — 25 mars 1887 (S. 88-1-161) ; — 23 fév. 1891 (S. 92-1-73 et la Note de M. Meynial) ; — 2 mars 1892 (S. 92-1-497 et la Note de M. Meynial).

(4) Nancy, 18 mai 1872 (D. 1873-2-103) ; — Trib. civ. Seine, 27 juillet 1874 (S. 1875-2-27) ; — Douai, 11 juillet 1882 (S. 1883-2-49).

professé la même doctrine ont, du moins, cherché à l'étayer de quelques arguments juridiques en invoquant à la fois la tradition et les textes du Code civil (1). Ils se sont prévalus tout d'abord de plusieurs fragments du Digeste (L. 22, D. *De fid. et mand.*, 46-1), (L. 3, 4 D. *De bon. poss.*, 37-1), (L. 65, 14, D. *Pro soc.*, 17-2), et d'un passage isolé de Guy Coquille sur les associations agricoles du Nivernais (2). Mais on a fait justice de ces arguments en démontrant à l'évidence que tous les précédents juridiques sont hostiles à cette interprétation.

Il est aujourd'hui certain que si les jurisconsultes romains ont conçu l'idée abstraite de la personnalité morale, ils l'ont considérée comme une institution de droit public dont les sociétés ne pouvaient bénéficier qu'après une autorisation expresse du pouvoir législatif (3). Cette proposition résulte notamment de la célèbre Loi 1, Dig. : *Quod cujuscumque universitatis*, où on lit que c'était en vertu d'une concession spéciale que certaines sociétés ayant pour but la perception des impôts et l'exploitation des mines jouissaient du privilège de la personnalité. La plupart des lois romaines sont d'ailleurs en concordance avec ce principe primordial (4), et se concilient très bien avec les textes qu'on nous oppose applicables à l'hypothèse

---

(1) Pardessus, *Droit commercial*, p. 975 et 976 ; — Troplong, t. I, p. 58 ; — Duvergier, nos 141, 381 et suiv. ; — Larombière, *Des Obligat.*, t. III, p. 620, n° 6.

(2) « Par ces arguments, se peut connaître que ces communautés sont vraies familles et collèges, qui, par considération de l'intellect, sont comme un corps composé de plusieurs membres, bien que ces membres soient séparés l'un de l'autre. Mais par fraternité, amitié et liaison économique font un seul corps. »

(3) Accarias, *Précis de Droit rom.*, t. I, n° 1850.

(4) V. 2-1 D. *De coll. et corp.* 47-22 ; Loi 13, 1° ; — D. *De præscrip. verb.* 19-5 ; L. 13 ; — D. *Pro socio*, 17-2 ; L. 3, Code *De commun. rer. alien.* 4-52.

exceptionnelle où la société constituait un corps distinct de la personne des associés.

On peut faire la même démonstration pour notre ancien droit français. En dehors de la règle particulière introduite en faveur des sociétés de commerce, la personnalité des sociétés n'apparaît en France comme à Rome que comme un privilège concédé par l'autorité souveraine. Dans les *Institutes coutumières*, Loysel disait déjà : « L'on ne peut s'assembler pour faire corps de communauté sans congé et lettres du roi » (1). Plus tard Ferrière et Domat exprimaient une théorie analogue : « On a toujours tenu pour maxime indubitable, écrivait le premier, que personne ne peut établir aucune congrégation, corps, collège, communauté, soit pour la religion, soit pour la police civile, sans la permission du prince (2) », et Domat : « La première règle de l'ordre et de la police des communautés est qu'elles sont établies pour un bien public, et par l'ordre ou la permission du prince » (3). La doctrine de Pothier confirme celle de ces auteurs : « Les corps de communauté établis suivant les lois du royaume, sont considérés dans l'État comme tenant lieu de personnes, *veluti personam sustinent* » (*Traité des personnes*). Mais il est remarquable que ni Domat dans son *Traité des sociétés civiles* (Droit privé), ni Pothier dans son *Traité des personnes* ou dans celui des sociétés, n'ont pensé à ranger les sociétés civiles parmi les corps de communauté investis de la personnalité juridique, tant cette faveur leur aurait semblé anormale et injustifiée.

En présence d'une tradition si bien établie, il est clair que si les rédacteurs du Code avaient voulu l'abandonner, ils s'en seraient formellement expliqués, soit au cours des travaux

(1) *Inst. cout.*, livre III, titre 3, n° 23.
(2) *Dict. de Droit pratique*, v° Communauté.
(3) *Droit public*, livre XV, section 2.

préparatoires, soit dans un article de la loi définitive. Il est donc naturel de penser que leur silence sur ce point équivaut à une adhésion non douteuse aux principes suivis jusqu'à eux.

Pourtant on a prétendu trouver dans le Code civil lui-même, et dans une loi postérieure la preuve de la personnalité juridique des sociétés non commerciales. On a invoqué en premier lieu les art. 1845, 1846, 1851, 1859 et 1867 C. civ., dans lesquels la société paraît fonctionner comme un être moral ayant son patrimoine personnel différent de celui des associés. On a ajouté à ces textes l'article 1860, qui suppose la société propriétaire du fonds social, puisqu'il interdit aux associés non administrateurs de l'aliéner même à concurrence de leur part ; et enfin on a objecté comme une preuve décisive les dispositions de l'art. 8 de la loi du 21 avril 1810, qui reconnaît la personnalité aux sociétés minières, incontestablement civiles, en déclarant meubles les actions et intérêts dans les sociétés de mines, conformément à l'art. 529 du Code civil.

On se demande comment de pareils arguments ont pu arriver à faire illusion. Si, en effet, divers articles du Code civil parlent de la société, c'est uniquement pour désigner d'une façon abrégée les intérêts communs des associés, par opposition à leurs intérêts individuels ; et ce qui le prouve d'une façon péremptoire, c'est que le mot de société n'est employé que pour les rapports des associés entre eux, et fait place au terme plus précis d'associés, quand il s'agit des engagements contractés envers des tiers (art. 1862, 1864). En dépit des apparences, l'art 1860 n'est pas davantage probant, car il s'explique très bien indépendamment de toute idée de personnalité. En l'édictant, le législateur a entendu faciliter les opérations sociales de façon qu'une vente inopportune n'enlève pas à la société un bien nécessaire à son fonctionnement. De même, l'art. 1743 interdit au bailleur la faculté de porter atteinte aux

droits du preneur par des aliénations postérieures, en sorte que l'art. 1860 consacre en dernière analyse ce principe nouveau dans nos lois, que les conventions par lesquelles un propriétaire dispose pour un certain temps de la jouissance de son bien sont opposables aux tiers acquéreurs, quand même elles ne seraient pas constitutives de droit réel. Quant à l'art. 8 de la loi du 21 avril 1810, c'est un texte exceptionnel dont on ne saurait argumenter par voie d'analogie, car le législateur n'aurait pas songé à attribuer expressément la personnalité civile aux sociétés minières, si elles en avaient été investies par les principes généraux.

Nous pourrions, à la rigueur, nous contenter de cette critique négative, mais nous préférons démontrer par des dispositions directes et précises l'erreur de l'opinion contre laquelle nous nous élevons. L'art. 1849 suppose que les créances sociales sont divisées pendant la durée de la société entre les divers associés, et il résulte, à l'inverse de l'art. 1863, que les obligations de la société se répartissant entre chaque associé, le créancier est tenu d'accepter la part de chacun dans la dette, conséquences inadmissibles si la personnalité de la société se distinguait de celle des associés. Citons de plus, pour en finir, les art. 529 C. civ. et 69, n° 6, du Code de procédure, qui nous fournissent *a contrario* des arguments décisifs en appliquant deux corollaires importants du principe de la personnalité aux sociétés de commerce sans les étendre au groupe des sociétés civiles.

Ces raisons d'analyse juridique ont décidé les auteurs les plus considérables à se prononcer contre l'extension de la personnalité aux sociétés civiles (1). Cette solution théoriquement inébranlable présente cependant de graves inconvénients pra-

(1) Aubry et Rau, t. IV, § 377 ; — Pont, *Du Contrat de Société*, n° 126, etc.

tiques. « Elle est défavorable au crédit des sociétés, écrivent MM. Lyon-Caen et Renault, en ce qu'elle conduit à admettre sur les biens de la société le concours des créanciers personnels des associés avec les créanciers sociaux. Elle occasionne des complications et des frais, en ce qu'au cas de procès elle exige la mise en cause de tous les associés, et par conséquent des significations nombreuses d'actes. Il serait fort à désirer que dérogeant à la règle : « Nul ne plaide en France par procureur », la loi admît que toutes les sociétés même celles qui ne constituent pas des personnes morales, peuvent être représentées en justice par un administrateur ou par un gérant » (1).

Le désir d'éviter d'aussi fâcheuses conséquences a amené les auteurs hostiles à la doctrine de la personnalité morale des sociétés civiles à s'efforcer de concilier l'honneur des principes avec les besoins de la pratique. La plupart d'entre eux, s'engageant dans la voie ouverte par la jurisprudence, ont décidé que les sociétés civiles revêtues d'une forme commerciale donnaient naissance à un être moral distinct des associés. Au premier abord, cette concession a quelque chose de choquant. Peut-on sans contradiction réserver le bénéfice de la personnalité aux sociétés de commerce pour en étendre ensuite les avantages à des sociétés civiles dissimulées sous un aspect commercial ? Cette solution ne serait logique que si la forme d'une convention avait la vertu d'en changer le caractère ; mais on est généralement d'accord pour admettre qu'une société dont l'objet est civil reste civile malgré l'adoption d'une forme commerciale (2).

Toutefois, une étude plus approfondie de la personnalité civile doit suffire à lever tous les doutes. En accordant cette

---

(1) Lyon-Caen et Renault, *Op. cit.*, n° 129.

(2) V. Laurent, *Principes de Droit civil*, t. XXVI, nos 221 à 223 ; — Guillouard, *Traité du Contrat de Société*, § 23.

faveur aux sociétés de commerce, et en la refusant aux autres sociétés, le législateur a surtout tenu compte de ce fait que les premières font connaître aux tiers leur existence et les conditions de leur fonctionnement par la publication en la forme légale de leurs statuts sociaux, tandis que la création des secondes ne se révèle en général que par un fait tout matériel. Il n'y a rien dans ce point de vue qui ne soit fort légitime : l'existence d'une personne nouvelle devant, comme nous l'avons montré plus haut, profiter aux tiers ou leur nuire, il est essentiel que ceux-ci soient informés de sa naissance. L'attribution de la personnalité se rattache donc par un lien intime à la publicité des conventions sociales (1). Dès lors pourquoi refuser de traiter les sociétés civiles comme des personnes morales quand elles se sont fait connaître à l'aide des formalités de publicité prescrites pour les sociétés de commerce ? Il n'y aurait à cela qu'une impossibilité : c'est que les formes commerciales fussent inaccessibles aux sociétés civiles. Mais on ne leur a jamais contesté la faculté d'adopter la forme de la société en nom collectif ; et si la question a pu jadis faire doute en ce qui concerne soit la forme anonyme, soit la forme en commandite, l'affirmative s'impose aujourd'hui en présence de la loi du 1er août 1893, qui reconnaît une influence prépondérante à la division du capital social en actions (2).

L'octroi de la personnalité juridique aux sociétés civiles constituées selon les règles du Code de commerce, ou de la loi du 24 juillet 1867, paraissait donc une conséquence nécessaire de l'aspect sous lequel ces sociétés se présentaient au public. A ce point de vue spécial, la forme emportait le fond. Conve-

---

(1) C'est pour ce motif que les associations en participation étant inconnues des tiers ne sont pas personnes morales. (Lyon-Caen et Renault, *Précis*, t. I, n° 527.)

(2) V. Lyon-Caen et Renault, *Op. cit.*, t. II, nos 132-134 *bis*.

nait-il de généraliser cette solution particulière ? En d'autres termes, y avait-il lieu de faire prévaloir sans restrictions le principe que toute société pouvait se soustraire aux règles du droit civil par l'adoption d'une forme commerciale ? Cette question présentait un intérêt évident pour certaines sociétés civiles dont les opérations exigent un capital considérable et un très large crédit. Il est clair que la possibilité de diviser leur fonds social en actions, et de restreindre ainsi la responsabilité, soit de tous les associés (sociétés anonymes), soit de quelques-uns seulement (sociétés en commandite par actions), devait avoir pour résultat de faire affluer les capitaux vers l'entreprise. D'un autre côté, on arrivait d'une façon toute naturelle à leur conférer un puissant crédit, puisque l'assimilation des sociétés civiles à forme commerciale à de véritables sociétés de commerce conduisait à leur appliquer les règles de la faillite et à les soumettre à l'obligation de tenir une comptabilité régulière.

Ainsi posé, le problème n'était pas susceptible d'une solution absolue. Il fallait évidemment s'attacher à équilibrer l'influence contradictoire de la forme et du fond, à déterminer dans quelle mesure la société restait civile ou devenait commerciale. L'entente se fit très rapidement sur un principe capital : on admit que les sociétés dont l'apparence était commerciale, mais l'objet purement civil, n'avaient pas la qualité de commerçant, et devaient par suite échapper aux règles de la faillite et de la liquidation judiciaire, comme à l'obligation de tenir des livres et à la compétence du Tribunal de commerce pour les contestations entre associés. Cette opinion était logique. Aux termes de l'article 1[er] C. com., le commerçant est celui qui exerce des actes de commerce et en fait sa profession habituelle. Vraie pour les individus, cette définition devait l'être aussi pour les sociétés, quand même elles auraient revêtu une forme commerciale, parce qu'il est impossible de déroger par des

conventions particulières aux lois sur la compétence et la faillite, dont les dispositions sont d'ordre public.

On écartait par là les règles de fond du droit commercial. Mais fallait-il appliquer ses prescriptions relatives à la forme des sociétés ? A ce nouveau point de vue, la controverse était fort vive sur deux questions essentielles. Dans une société civile les associés pouvaient-ils limiter leur responsabilité aux dettes sociales grâce aux formes de l'anonymat ou de la commandite par actions? De pareilles sociétés ayant revêtu l'une ou l'autre de ces formes étaient-elles astreintes aux règles de la loi du 24 juillet 1867 visant la constitution et le fonctionnement des sociétés par actions, et sous des sanctions identiques?

Quelques arrêts, attribuant un caractère impératif à l'article 2092 C. civ., avaient décidé que les associés d'une société civile anonyme étaient tenus *in infinitum* de leur part dans les obligations sociales, conformément aux articles 1862 et 1863 C. civ. (1). Mais cette doctrine était en général repoussée. C'est à tort que la disposition de l'article 2092 était déclarée d'ordre public. On reconnaissait, en effet, aux associés le droit de stipuler à propos de chaque opération la limitation de leurs engagements à la valeur de leurs mises (2). Dès lors, pourquoi prohiber l'insertion dans l'acte de société d'une clause générale dérogeant à la maxime : « qui s'oblige, oblige le sien » ? Pourquoi s'opposer notamment à une dérogation tacite résultant de l'adoption de la forme, soit en commandite, soit anonyme, quand le pacte social a été porté à la connaissance des tiers, d'après les règles de publicité édictées par la loi du 24 juillet 1867? Cette solution, conforme aux principes, favorisait la formation des sociétés sans nuire d'ailleurs à leurs

---

(1) Paris, 27 juillet 1882 ; — *Journal des Sociétés,* 1883, p. 133 ; — Trib. civil Seine, 19 avril 1886 ; — *La Loi,* n° du 20 juin 1888.

(2) Cass. 21 fév. 1883 (D. 1883-1-217).

créanciers informés par les voies légales de la teneur des statuts sociaux (1).

En tout état de cause les intérêts des tiers étaient donc sauvegardés. Mais il était loin d'en être de même de ceux des souscripteurs du capital social par suite du refus de la plupart des décisions judiciaires d'appliquer aux sociétés civiles les dispositions de la loi du 24 juillet 1867, répressives des abus et des fraudes commis dans la constitution d'une société par actions. C'est ainsi que la Cour suprême a déclaré les art. 15 et 45 de la loi du 24 juillet 1867, frappant des peines portées dans l'art. 405 Code pénal l'extorsion de souscriptions et de versements et la distribution de dividendes fictifs en matière de sociétés en commandite par actions et de sociétés anonymes, inapplicables aux sociétés civiles qui auraient revêtu la forme de l'anonymat (2). Cette théorie a servi plus tard à écarter pour les mêmes sociétés la responsabilité solidaire édictée par l'art. 42 (loi du 24 juillet 1867) contre les administrateurs et les fondateurs d'une société anonyme déclarée nulle pour violation des art. 22, 23, 24 et 25, et notamment pour défaut de souscription intégrale du capital social, de libération du quart de chaque action, et de nomination des commissaires rapporteurs. « Attendu, dit la Cour d'Orléans, qu'il est généralement admis en principe que les pénalités de la loi de 1867 visent particulièrement les sociétés commerciales; que tel a bien été l'objectif du législateur ; que ce serait donc outrepasser le but de la loi que d'en faire l'application aux membres de la société n'ayant qu'un caractère civil sous la forme de l'anonymat ; que cette interprétation, consacrée par la jurisprudence en matière de pénalités, proprement dites, doit être aussi bien admise en cas de condamnations solidaires à fin de réparations civiles,

(1) V. Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, n° 1077 *bis*.

(2) Cass., 28 nov. 1873 (D. 1874-1-441).

lesquelles peuvent équivaloir à de véritables et rigoureuses pénalités, etc. » (1).

Pour dispenser les sociétés civiles par actions de se conformer aux dispositions restrictives de la loi du 24 juillet 1867, la jurisprudence invoquait cette raison de principe que les textes contenant des pénalités doivent être restreints aux cas pour lesquels ils sont écrits. La loi de 1867 ayant été faite pour les sociétés de commerce, ses dispositions rigoureuses ne sauraient s'appliquer aux sociétés civiles. On corroborait cet argument par les travaux préparatoires. La preuve, affirmait-on, que telle a bien été la pensée du législateur, résulte à l'évidence du rejet d'un amendement ayant pour but d'étendre aux sociétés civiles établies sous la forme de sociétés en commandite par actions ou sous la forme de sociétés anonymes, les règles relatives à la validité de la constitution des sociétés commerciales (2).

Une pareille décision, laissant aux sociétés civiles une liberté absolue, ouvrait la porte à des fraudes dangereuses. En droit, elle était fort critiquable : la loi de 1867 a réglementé avec sévérité les sociétés par actions, sans distinguer entre leur but civil ou commercial, pour garantir souscripteurs et porteurs d'actions contre les nombreux abus auxquels se livrent, trop souvent, des financiers sans scrupules. Et c'est en vain que l'on invoque les travaux préparatoires pour faire prévaloir la distinction entre les sociétés commerciales et civiles, le rejet de l'amendement sur lequel on s'appuie, s'expliquant par des raisons étrangères à cet ordre d'idées (3).

En somme, la jurisprudence était indécise sur la question de savoir dans quelle mesure les formes de l'anonymat devaient

---

(1) Orléans, 28 juillet 1887 ; — *Revue des Sociétés*, 1889, p. 21.

(2) V. Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, n° 1085.

(3) V. Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, n° 1085 *in fine*.

rendre le droit commercial applicable aux sociétés civiles. Deux influences contradictoires expliquaient ces hésitations : à première vue, il semblait naturel de restreindre le plus possible la part à faire au droit commercial, puisque la société conservait toujours son caractère civil, malgré sa forme commerciale. Mais, comme les formes de l'anonymat ou de la commandite par actions étaient, en général, adoptées par des sociétés dont les spéculations exigeaient des capitaux et un crédit considérables, les nécessités pratiques appelaient, au contraire, l'extension la plus large des principes commerciaux, dont l'application convenait seule aux besoins de la société.

L'incertitude de ce régime appelait l'intervention du législateur. Elle se produisit en 1893, à propos de la révision de la loi du 24 juillet 1867. On sait que la loi du 1er août 1893, modifiant celle du 24 juillet 1867 sur les sociétés par actions, est un fragment d'un grand projet de réforme voté par le Sénat en 1884, à la suite de graves désastres financiers (1). Ce projet contenait, entre autres dispositions, un article 108 conçu dans les termes suivants : « Les sociétés civiles qui divisent leur capital en actions doivent se conformer aux prescriptions de la présente loi, sous les mêmes sanctions civiles et pénales. » Ce texte avait l'avantage de trancher toutes les controverses relatives aux conséquences de l'adoption par une société civile de la forme anonyme ou en commandite par actions. Malgré sa forme commerciale, la société restait cependant civile, et échappait comme telle à l'obligation de tenir des livres, à la déclaration de faillite et à la juridiction consulaire.

La Chambre des Députés trouva ce système contradictoire et incomplet. Etait-il possible qu'une société pût jouir des pré-

(1) V. Lyon-Caen et Renault, Appendice au tome II, n° 1.

rogatives de la loi commerciale, et, notamment, de la limitation de la responsabilité aux mises, sans en subir les obligations destinées à protéger les tiers? Ces considérations amenèrent la Chambre à adopter un principe nouveau, celui de la commercialisation complète des sociétés civiles, constituées sous les formes de l'anonymat ou de la commandite par actions.

En législation, ce système était bien supérieur à celui que le Sénat avait proposé. Tout d'abord, il permettait d'unifier les règles applicables aux sociétés par actions ; ensuite, il présentait l'avantage de fonder, sur des bases solides, le crédit de celles de ces sociétés dont les spéculations restaient civiles, en accordant aux tiers les garanties d'une comptabilité régulière, ainsi que celles de la faillite avec ses sanctions contre les détournements et les dissipations, ses règles protectrices de l'égalité entre les créanciers, et l'assurance d'une prompte liquidation du patrimoine social. Une telle conception n'avait en soi rien d'anormal, car, pour apprécier le caractère commercial d'une société, il convient moins de considérer son objet que l'esprit de spéculation qui préside à l'entreprise, les appels au crédit, la multiplicité des achats, ventes et engagements auxquels elle est tenue de se livrer. D'ailleurs, le Code de commerce lui-même donnait un exemple autrement grave de la prépondérance de la forme sur le fond, en commercialisant les obligations purement civiles reconnues par lettre de change.

Ces raisons ayant, à la fin, triomphé de la résistance du Sénat, les deux Chambres se mirent d'accord pour ajouter un nouvel article à la loi du 24 juillet 1867, l'article 68, dont le texte est ainsi rédigé : « Quel que soit leur objet, les Sociétés en commandite ou anonymes qui sont constituées dans les formes du Code de commerce ou de la présente loi, seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce. »

Après les développements qui précèdent, il est facile de déterminer la portée de cette disposition. Il en résulte :

a) Qu'une société ayant un objet civil peut revêtir la forme de la société en commandite par actions ou de la société anonyme.

b) Qu'une pareille société est soumise aux règles de la loi du 24 juillet 1867 modifiées ou complétées par celles de la loi du 1^er^ août 1893.

c) Qu'elle doit être traitée comme une société de commerce, et partant astreinte à la tenue d'une comptabilité régulière, à la faillite et à la liquidation judiciaire ainsi qu'à la compétence des Tribunaux de commerce, non seulement pour les contestations entre associés, mais pour les procès relatifs aux actes qu'elle a conclus.

Cependant MM. Lyon-Caen et Renault se refusent à admettre cette dernière conséquence. Dans la pensée de ces auteurs, la loi de 1893 aurait seulement pour effet de commercialiser toutes les sociétés qui prendraient la forme de l'anonymat ou de la commandite par actions, sans attribuer à leurs opérations le caractère commercial (1). Pratiquement, cette restriction entraîne les solutions qui vont suivre :

a) Les tiers doivent assigner la société en exécution de ses engagements devant le Tribunal civil et non devant le Tribunal de commerce.

b) Les traités passés par la société ne peuvent être établis que d'après les règles des articles 1341 et suivants C. civ., et non d'après l'article 109 C. com.

c) Les engagements contractés par ces sociétés ont en principe le caractère civil : partant, si la société émettait des obligations, il lui serait impossible de verser à ses obligataires un intérêt supérieur à 5 p. 100.

d) Au cas où la société donnerait en nantissement des effets mobiliers, les règles applicables à la constitution et à la

(1) V. Lyon-Caen et Renault, Appendice au tome II, n° 53.

réalisation du gage ne seraient pas celles de la loi commerciale du 23 mai 1863, mais celles des articles 2073 à 2084 du Code civil.

Cette simple énumération conduit à se demander si la théorie de ces éminents jurisconsultes est bien celle qu'a voulu sanctionner le législateur. Il serait contradictoire que la loi du 1er août 1893 ait considéré les engagements sociaux comme des actes de commerce, puisqu'en cas d'inexécution il y a lieu d'appliquer les principes de la faillite ou ceux de la liquidation judiciaire, mais qu'elle leur ait conservé le caractère civil pour la constitution d'un gage, le taux de l'intérêt, la preuve et la compétence. Les travaux préparatoires font d'ailleurs justice de ce système bizarre dans les termes les plus formels. A la Chambre des députés, le rapporteur de la loi, M. Clausel de Coussergues, a reconnu expressément que la commercialisation des sociétés civiles devait avoir pour effet de soumettre leurs opérations à la juridiction consulaire, avis auquel le Sénat s'est rangé à son tour, en repoussant un amendement de MM. Bardoux, Le Royer, Trarieux, etc., qui s'opposait à la commercialisation des sociétés civiles par actions pour les soustraire à la faillite et à la compétence des Tribunaux de commerce.

Le système de la loi du 1er août 1893 forme donc un tout harmonieux : en rendant les lois et les usages du commerce applicables aux sociétés visées par le nouvel article 68, le législateur a complété son œuvre en commercialisant leurs entreprises. On a même soutenu, à ce dernier point de vue, que le droit commercial a ici totalement éliminé le droit civil : si les négociants et les sociétés ordinaires relèvent de la loi civile pour les actes étrangers à leur commerce, on ne saurait en dire autant des sociétés vivant sous l'empire de la nouvelle disposition en ce qui concerne les actes étrangers à leurs entreprises. Pour elles, la commercialité ne dériverait pas en effet de

l'objet de leur exploitation, elle résulterait de leur forme. C'est pourquoi tous leurs engagements sont revêtus d'une façon indélébile du caractère commercial, puisqu'elles ne peuvent agir qu'en une seule qualité, celle de sociétés par actions (1).

Cette interprétation nous paraît donner au texte de la loi de 1893 une portée que n'ont pas voulu lui attribuer ses auteurs. Les opérations des sociétés civiles par actions n'ont été déclarées commerciales que dans la mesure où elles ont été conclues dans l'intérêt de l'entreprise. Tout acte étranger à l'exploitation pour laquelle la société s'est constituée, ou qui ne peut s'y rattacher en vertu de la théorie de l'accessoire, conserve son caractère civil. C'est en ce sens que le législateur a soumis les sociétés en commandite ou anonymes aux lois et aux usages du commerce, quel que soit d'ailleurs leur objet (2).

C'est là un retour curieux aux antiques conceptions du formalisme, qui s'explique par le besoin d'assurer les transactions en fortifiant le crédit : les sociétés civiles, après avoir longtemps langui sous un régime mieux approprié à l'état de communauté qu'à leur but de spéculation, ont cherché une réglementation plus favorable à leur prospérité. Il était donné à notre siècle, où tant d'immenses travaux et de vastes entreprises ont déterminé la création de sociétés nombreuses, de voir s'accomplir cette transformation. Les sociétés civiles devaient tendre à se confondre avec les sociétés de commerce, dont les principes conciliaient d'une façon si heureuse les droits des associés et les nécessités du crédit. L'évolution commencée en jurisprudence par l'extension de la personnalité juridique aux sociétés dont l'objet est civil, a abouti à la réforme plus radicale de la loi du 1er août 1893, soumettant aux lois et aux usages du

(1) V. Lacour, Note sous Paris, 10 juillet 1894 (D. 95-2-105).

(2) Cf. F. Arthuys. Examen doctrinal, *Revue critique*, 1897, p. 282.

commerce les sociétés civiles par actions. En l'état de cette solution, on peut affirmer que le droit commercial est désormais le droit commun du contrat de société. Aujourd'hui les formes de l'anonymat ou de la commandite par actions s'imposent, en effet, aux sociétés les plus importantes, à celles qui font appel aux capitaux et au crédit. Quant aux sociétés civiles en nom collectif ou en commandite par intérêts, si elles ne deviennent pas commerciales, elles relèvent cependant du Code de commerce et de la loi du 24 juillet 1867 pour l'application des règles inhérentes à leur forme ; en sorte que la loi civile ne s'applique plus intégralement qu'aux sociétés de moins en moins nombreuses non revêtues d'un aspect commercial.

CHAPITRE IV

DES TITRES A ORDRE ET AU PORTEUR

L'attribution du caractère commercial à tout engagement constaté par lettre de change est un des plus anciens exemples de la puissance d'expansion de la législation mercantile. Au XIV[e] siècle, les Républiques italiennes considéraient déjà les obligations nées d'un contrat de change comme commerciales par elles-mêmes. La pratique française accueillit à son tour cette théorie quand l'idée des deux droits s'introduisit chez nous à la faveur des relations internationales. L'Ordonnance de 1673 (tit. XII, art. 2), et après elle le Code de 1807 (art. 632) n'ont fait que sanctionner un vieil usage en donnant aux Tribunaux de commerce la connaissance des contestations relatives aux lettres de change.

Inventée pour les besoins du crédit, la lettre de change ne pouvait devenir le merveilleux instrument de transactions qu'elle constitue de nos jours, qu'à la condition d'être assurée d'une circulation rapide et d'une exécution énergique. C'est cette dernière nécessité que l'on aperçut tout d'abord. D'après le droit commun, si les signataires de la lettre étaient tous de simples particuliers, ou si quelques-uns seulement possédaient la qualité de commerçant, le bénéficiaire de la traite devait, à l'échéance, les assigner devant les tribunaux ordinaires, ou se voyait obligé d'intenter à propos de la même affaire deux ordres différents de poursuites. Afin d'éviter les lenteurs et les

frais d'une instance civile, ainsi que l'embarras de saisir une double juridiction, on imagina de réputer commerçant tout signataire d'une lettre de change. Cette fiction permettait, dans tous les cas, d'attribuer compétence aux juges commerciaux, mieux qualifiés que les autres pour connaître de ces litiges et devant lesquels la procédure avait l'avantage d'être rapide et peu onéreuse. Par là, tout engagement contracté par lettre de change devenait commercial, quels que fussent d'ailleurs la qualité des parties ou le but de l'obligation, formalisme remarquable imposé par les besoins de célérité et d'exactitude, impérieux dans le commerce.

La certitude d'obtenir une prompte condamnation au cas de refus de paiement faisait de la lettre de change un titre très précieux. Toutefois, il était difficile de l'utiliser comme moyen de crédit en la transportant à un tiers, les principes du droit commun exigeant pour l'efficacité absolue d'un transfert incorporel la signification au débiteur de l'acte de cession. Cette formalité, compliquée et coûteuse, entravait la circulation des lettres de change, quand, au XVII[e] siècle, l'invention de la clause à ordre vint réaliser un progrès définitif. Si l'on en croit Savary (1), c'est en l'année 1620 que l'usage de l'ordre s'introduisit en matière de lettres de change, pour éviter l'embarras des procurations qu'il fallait passer devant notaire au nom d'un tiers, dans le but de lui faire toucher le montant de la traite. L'endossement ne constituait donc à l'origine qu'un simple mandat de toucher. Mais bientôt après on conçut l'idée ingénieuse de favoriser le commerce des lettres de change en exonérant le mandataire de son obligation de rendre compte, procédé qui rendait inutile la signification au débiteur pour la validité du transport. L'Ordonnance de 1673 consacra cette

(1) Savary, *Le Parfait Négociant ;* — Parère, 82, t. II, p. 602, édit. 1770.

pratique en distinguant, d'après leur forme, l'endossement à titre de procuration de l'endossement translatif (Titre V, art. 23 et 24).

Il y eut dès lors dans notre législation deux théories relatives à la transmission des créances. En thèse générale, les principes civils exigeaient la notification au débiteur de l'acte de cession pour que le transfert fût opposable aux tiers. « Transport ne saisit point », disait l'art. 108 de la Coutume de Paris, et Ferrière ajoutait dans son commentaire : « Il faut signifier le transport à partie et en laisser copie avant que d'exécuter ». Mais à titre de privilège exceptionnel, on admettait en matière commerciale la suppression de cette gênante formalité pour la négociation des billets et lettres de change.

On agrandit plus tard le domaine de l'exception, et le bénéfice de la clause à ordre fut étendu par le Code de commerce au billet à ordre (art. 187), au connaissement (art. 281), au billet de grosse (art. 313), et par des lois spéciales au chèque ainsi qu'aux récepissés et warrants des Magasins généraux (1). Enfin la jurisprudence a déclaré possible l'insertion de cette clause dans tous les titres commerciaux (2).

Le commerce doit à cette généralisation l'un de ses plus puissants moyens de crédit. Quelques mots écrits au dos d'un effet à ordre suffisent à le négocier. Mais cette économie de temps et de frais n'est pas le seul avantage attaché par la pratique mercantile à ce genre de cession. Lorsque la portée de la clause à ordre fut, avec le temps, mieux analysée et mieux comprise, on l'interpréta comme un engagement direct du débiteur envers le porteur du titre à l'échéance. Cette nouvelle conception de l'ordre permit de considérer les lettres de change comme une monnaie de convention circulant rapidement

(1) Loi du 14 juin 1865, art. 1er ; — Loi du 28 mai 1858, art. 3.

(2) Paris, 12 fév. 1857 (D. 1857-2-134).

presque sans danger et sans risques, puisque, d'une part, le dernier cessionnaire est garanti contre l'insolvabilité du débiteur par la responsabilité solidaire des endosseurs successifs, et que, de l'autre, ayant seul la qualité de créancier légitime, il peut repousser toute exception qui ne lui est pas personnelle ou ne résulte pas de la teneur même du titre.

La souplesse de ce procédé de transfert, conciliant la simplicité des formes et l'énergie des effets, montre combien est gênante et inutilement complexe la pratique civile du droit commun. L'obligation de notifier le transport au débiteur ou d'obtenir son acceptation par acte authentique (art. 1690 C. civ.), aboutit à étouffer le crédit. En fait, c'est à la charge du cédant que demeureront presque toujours les frais de ces divers actes s'il veut tirer parti de son titre avant le jour de l'échéance. Le créancier ne consentira donc à s'exposer à cette perte que dans le cas d'absolue nécessité. Aussi exigera-t-il des intérêts plus élevés pour compenser l'immobilisation de ses capitaux jusqu'à l'époque du paiement; en sorte que les formalités édictées par la loi dans l'intérêt des tiers et aussi du débiteur tourneront en définitive à sa confusion et à sa ruine.

On conçoit que la pratique civile ait depuis longtemps essayé d'échapper à ces inconvénients en empruntant au droit commercial son procédé de cession par voie d'endossement. Mais la validité de la clause à ordre, que les parties insèrent à cet effet dans l'acte dressé pour servir de preuve à l'obligation, fait l'objet d'une controverse fort vive en doctrine et en jurisprudence.

Les Cours d'appel, dont quelques auteurs reproduisent le système, se sont, en général, prononcées contre l'extension de l'ordre aux obligations civiles (1). L'usage de la clause à ordre

(1) Lyon, 22 mars 1830 (S. 1831-2-238); — Grenoble, 7 fév. 1835

doit être rigoureusement proscrit, disent-elles, en ce qui concerne les engagements civils. L'ordre est une institution purement commerciale, dont les règles, passées sous silence par le Code civil, sont soigneusement étudiées par le Code de commerce. Dans l'intérêt des transactions mercantiles, le législateur a bien pu conférer à l'endossement la vertu de réaliser un transport sans acceptation ni avertissement préalables ; mais il est impossible d'étendre les limites de l'exception légale au transfert des créances civiles régi par l'article 1690, dont les dispositions d'ordre public ne sauraient être écartées par la volonté des parties.

Cette opinion doit être repoussée comme ayant le double tort d'impliquer contradiction et de ne se fonder que sur une étude superficielle du Code de commerce. Si l'article 1690 a vraiment le caractère impératif qu'on lui prête, pourquoi étendre la clause à ordre à tous les effets de commerce, alors qu'aucune convention, fût-elle autorisée par des usages commerciaux, ne peut écarter des dispositions d'ordre public ? Dans ce système, il faudrait, pour être logique, rayer de la liste des titres à ordre les lettres de voiture, les factures acceptées, les ordres de livraison, les polices d'assurance maritime, sur la vie, contre les incendies, contre les accidents, les actions dans les sociétés de commerce, les obligations, etc., conséquence désastreuse pour le négoce qui suffirait, à elle seule, à rendre suspect le principe d'où l'on part (1). Ce principe, d'ailleurs,

---

(S. 1835-2-340) ; — Limoges, 27 nov. 1845 (S. 1846-2-482) ; — Paris, 12 fév. 1857 (S. 1857-2-186) ; — Caen, 14 juin 1876 (S. 1876-2-200) ; — Riom, 27 juillet 1875 (D. 1878-2-242) ; — Douai, 24 avril 1891 (S. 1891-2-121) ; — V. Laurent, t. XXIV, n° 478 ; — Bravard et Demangeat, t. III, p. 141 et 544 ; — Bédarride, *Lettre de Change,* n^{os} 678-680.

(1) M. Vavasseur est le seul partisan de cette théorie rigoureuse. (*Traité des Sociétés civiles et commerciales,* t. I^{er}, n° 479.)

n'existe point dans nos lois. On propose de restreindre la clause à ordre aux effets de commerce, sous prétexte que le législateur les aurait seuls dispensés de l'application de l'art. 1690. Mais dira-t-on ce qui distingue les effets de commerce ou effets négociables de ceux qui ne le sont pas? Le critérium n'est pas assurément dans le besoin d'une circulation moins onéreuse et plus rapide, l'économie et la célérité étant des avantages appréciés dans la vie civile comme dans la vie commerciale. Il n'est pas non plus dans la nature de la créance, ni dans la qualité des personnes qui l'ont souscrite. Ainsi, la cession d'une créance commerciale même entre commerçants doit être signifiée au débiteur ou acceptée par lui, pour être opposable aux tiers, si le titre qui la constate ne contient pas la clause à ordre ; à l'inverse, un billet à ordre, qui ne porte que des signatures de non-commerçants, et n'est pas relatif à une opération de commerce, est cessible par endossement, bien qu'il s'agisse d'un acte purement civil : « Ce qui détermine celle de ces formalités à remplir (endossement ou application de l'article 1690), disent MM. Lyon-Caen et Renault, c'est exclusivement la forme de la créance, et non la nature civile ou commerciale de celle-ci » (1). Il convient même d'aller plus loin, et d'affirmer que la loi n'a pas rattaché la validité de la clause à ordre aux solennités nécessaires pour donner l'existence au titre. Par exemple, une lettre de change réputée simple promesse, aux termes de l'article 112 C. com., continue à être transmissible par endossement, comme le billet à ordre dans le cas où il ne contiendrait pas toutes les mentions exigées par le Code de commerce (2). En sorte que l'insertion de la clause à ordre dans un titre est, en définitive, la cause véritable et la

(1) *Précis*, n° 634, t. I^er^.

(2) Ch. req., 11 avril 1849 (D. 1849-1-142) ; — Ch. civ., 14 nov. 1871 (D. 1873-1-140).

seule cause permettant de déroger à l'article 1690 C. civil.

C'est pourquoi la Cour de cassation, d'accord avec la presque unanimité de la doctrine, a toujours validé les endossements des obligations civiles stipulées payables à l'ordre du créancier. Aux yeux de la Cour suprême, l'endossement a pour effet principal d'opérer *erga omnes* la cession de la créance, quel qu'en soit le caractère civil ou commercial. « Attendu, dit-elle, dans un arrêt fortement motivé du 8 mai 1878, que les dispositions des articles 1690 et 1691 ne sont pas d'ordre public, que les contractants peuvent y déroger, et qu'ils y dérogent virtuellement lorsque, s'obligeant à payer à l'ordre du créancier, le débiteur accepte par cela même à l'avance pour seul propriétaire de la créance, celui qui sera porteur de cet ordre, et s'engage à payer à celui-ci et à payer à lui seul la somme due, sans exiger aucune autre formalité que la représentation du titre et de l'ordre du créancier; — Attendu, dès lors, que la Cour de Riom a méconnu le principe de la liberté des conventions, violé l'article 1134 C. civ., et fait une fausse application de l'article 1690 du même Code; par ces motifs, casse, etc. » (1).

Il importe toutefois de ne pas se méprendre sur la portée de cet arrêt. On comprend que dans le cas où la clause à ordre a été insérée dans l'acte même d'obligation, personne ne puisse se plaindre de l'inaccomplissement des formalités de l'article 1690, ni le débiteur qui a voulu y renoncer, ni les autres intéressés qui pouvaient se renseigner auprès de lui sur le caractère particulier de la créance. Mais les parties ne sauraient

---

(1) Cass. 8 mai 1878 (D. 1878-1-241, Note Beudant). — En ce sens : Cass. 18 mars 1850 (D. 1850-1-166) ; — 7 mai 1879 (D. 1879-1-307) ; — 15 mars 1892 (D. 1893-1-309) ; — Trib. civ. Seine 25 janv. 1890 (*Droit*, 21 fév. 1890) ; — Nimes, 28 oct. 1892 (*Gaz. Pal.*, 1892-2-641) ; — Trib. civ. Versailles, 8 mars 1895 (*Gaz. Pal.*, 1895-1-609).

ultérieurement y déroger d'une façon absolue en transformant en titre à ordre la créance primitive à personne dénommée. Il pourrait arriver qu'entre la cession de cette créance et la notification du transport, le débiteur ait souscrit un titre à ordre au profit du cédant, qui l'a immédiatement endossé. Auquel des deux cessionnaires successifs faut-il attribuer la créance ? Au bénéficiaire de l'endossement, qui invoque l'antériorité de date de l'endos, ou au premier cessionnaire, qui oppose le défaut d'accomplissement des formalités de l'article 1690 ? C'est, à notre avis, ce dernier qu'il faut préférer. En souscrivant un billet à ordre, le débiteur a bien pu renoncer à se prévaloir de l'article 1690 ; mais sa renonciation n'est pas opposable au premier cessionnaire, auquel on n'a pu enlever la faculté de faire valoir son droit au moyen d'une convention où il n'a pas figuré.

En résumé, et pour conclure, il faut entendre de la façon suivante le caractère d'ordre privé reconnu par la jurisprudence de la Cour de cassation aux dispositions de l'article 1690 : Il est possible d'écarter ce texte d'une façon absolue par l'introduction d'une clause à ordre dans l'acte originaire d'obligation ; on ne le peut que sous réserve des droits des tiers, quand un titre à ordre est venu plus tard s'adjoindre à un titre à personne dénommée.

Une conséquence directe de cette jurisprudence est de donner satisfaction aux besoins légitimes du crédit immobilier, en permettant la création de titres hypothécaires rapidement négociables. Rappelons, en effet, qu'aux termes de l'article 1692 C. civ. la cession d'une créance entraînant la cession de ses sûretés accessoires, l'endossement d'une obligation hypothécaire doit suffire à réaliser le transfert de l'hypothèque. Cette solution évidente a été cependant contestée au nom des principes fondamentaux de notre régime hypothécaire ; on a prétendu que les tiers détenteurs ne pourraient jamais libérer

l'immeuble des charges réelles qui le grèvent soit en payant les créanciers inscrits, soit en leur faisant des notifications à fin de purge. N'est-il pas matériellement impossible de dresser la seconde colonne du tableau dont parle l'article 2183 C. civ., et de faire au tiers porteur les diverses significations exigées par ce texte, puisque, les conditions de l'article 2152 venant à faire défaut, il n'a pu modifier l'élection de domicile contenue dans l'inscription ?

On a depuis longtemps réfuté cette thèse en faisant observer que l'acquéreur peut toujours se libérer en consignant (art. 2186), et qu'il lui suffit pour purger de notifier au domicile élu dans l'inscription (art. 2183). L'article 2152 n'impose pas au cessionnaire l'obligation de choisir un domicile nouveau. Le cessionnaire par acte notarié, qui n'use pas de la faculté de modifier l'élection de domicile, ou le cessionnaire sous signature privée auquel la loi refuse cette prérogative, se soumettent à ne recevoir que les significations faites au domicile élu dans l'inscription. S'il en était autrement, on ne concevrait pas que le législateur, en organisant la procédure de purge, ait poussé l'inconséquence au point de la rendre impossible dans l'hypothèse si fréquente d'une cession de créance.

Ces difficultés résolues, rien ne fait plus obstacle à l'endossement des créances hypothécaires. Aussi la pratique commerciale, prompte à tirer parti de ce qui peut donner un élan nouveau aux affaires, recourt-elle quelquefois à ce procédé de crédit. Le cas le plus ordinaire où elle en use est celui de la convention d'ouverture de crédit. Ici l'hypothèque se trouve établie pour la sûreté d'une dette future. Les effets de commerce qui seront souscrits par le crédité à l'ordre du créditeur au moment de l'exécution du contrat, auront pour garantie l'hypothèque préconstituée, et seront transmis avec elle aux cessionnaires successifs.

Mais la jurisprudence de la Cour de cassation est surtout

appelée à rendre service aux propriétaires fonciers obligés d'emprunter sur hypothèque. L'agriculteur qui veut améliorer sa terre par des travaux d'une certaine importance a besoin d'un très long crédit, tandis que son bailleur de fonds a besoin, au contraire, de ne pas immobiliser trop longtemps ses capitaux. La conciliation de ces points de vue opposés est un problème législatif de la plus haute importance, dont nous ne pouvons aborder ici l'examen. Il nous suffira de dire que jurisconsultes et économistes préconisent la création de titres hypothécaires facilement transmissibles ou, pour employer l'expression aujourd'hui à la mode, recommandent la mobilisation du crédit territorial. Or, la théorie et la pratique concourent à démontrer qu'il est impossible d'obtenir cette mobilité désirable sans une adaptation des procédés commerciaux. Cette nécessité s'était déjà imposée à la Convention quand elle organisa les cédules hypothécaires à ordre par son fameux décret du 9 messidor de l'an III. Le même système de transmission se retrouve dans l'institution prussienne des bons fonciers et des bons hypothécaires. Enfin, la jurisprudence française a su dégager le crédit immobilier des entraves gênantes où le retenait l'art. 1690, en validant les obligations hypothécaires stipulées payables soit au porteur de la grosse de l'obligation, soit à l'ordre du créancier (1).

Ces titres sont assurés d'une circulation facile, car ils constatent de véritables contrats abstraits ayant une cause indépendante et autonome. Le tiers porteur ne peut, s'il est de bonne foi, se voir opposer que les exceptions qui résultent de la teneur même de l'acte, de l'incapacité du souscripteur (2),

---

(1) Dans le sens de la validité des obligations civiles au porteur, v. Pau, 6 avril 1886 (D. 1886-2-230); — Cass. 9 nov. 1896 (*Pand. franç.*, 1897-1-401, Note Thisse).

(2) Wahl, *Titres au Porteur*, t. I, p. 266 et 267.

et peut-être du dol dont il a été la victime (1). Toutefois, ces deux formes d'obligation ne sont pas également aptes à assurer le service du crédit hypothécaire. Les obligations au porteur paraissent supérieures à ce point de vue, puisqu'elles ne sauraient impliquer solidarité entre les divers cessionnaires au profit du porteur définitif. Dans les obligations à ordre, le créancier originaire et les endosseurs successifs garantissent solidairement la solvabilité future du débiteur cédé (art. 140 et 187 C. com.). Cette responsabilité rigoureuse, parfaitement admissible en matière d'effets de commerce, constatant des engagements de courte durée, devient un danger dans les obligations hypothécaires à échéance éloignée, parce qu'elle permet de rechercher des individus qui ont depuis longtemps abdiqué leur qualité de créanciers. Mais la prudence des parties peut aisément remédier à cet inconvénient en répudiant par convention la solidarité établie par la loi.

En somme, l'extension de l'ordre aux obligations civiles n'est qu'une phase nouvelle dans l'histoire de l'endossement, qui d'institution purement commerciale tend à devenir une institution de droit privé général.

---

(1) En ce sens : Wahl, *loc. cit.*, t. I[er], p. 266 ; — Paris, 13 fév. 1891 (*Gaz. des Trib.*, 13 fév. 1891). — *Contrà :* Cass. 3 janvier 1887 (S. 1887-1-269).

CHAPITRE V

PRÊT A INTÉRÊT

Quand le législateur révolutionnaire vint reconnaître la légitimité du prêt à intérêt prohibé par notre ancienne jurisprudence, il eut à se prononcer sur la question délicate de savoir s'il convenait d'en proclamer la liberté absolue ou d'établir un taux que les parties ne pourraient pas dépasser. L'Assemblée constituante s'arrêta à un système transactionnel en autorisant le prêt d'argent à intérêt « suivant le taux autorisé par la loi sans rien innover aux usages du commerce » (loi du 3 octobre 1789). Comme ces usages n'avaient rien de précis, on vit dans cette formule la proclamation de la liberté du taux de l'intérêt pour les prêts commerciaux ; quant aux prêts civils, on leur appliqua les dispositions de l'édit sur les rentes de 1770, qui fixait le taux maximum des arrérages au denier 20 ou 5 p. 100. Mais une loi postérieure du 5 thermidor an III abrogea cette limitation en déclarant que « chaque citoyen serait libre de contracter comme bon lui semblerait », et que « les obligations qu'il aurait souscrites seraient exécutées dans les termes et valeurs stipulés ». Malheureusement la suppression de toute réglementation légale donna lieu à de graves abus, auxquels les rédacteurs du Code civil furent sollicités de mettre un terme. Ne pouvant s'entendre sur les mesures nécessaires, ils durent ajourner la réforme, en exigeant toutefois que le taux de l'intérêt conventionnel fût fixé par écrit,

dans l'espoir « de contenir la cupidité par le frein de la honte ».

L'insuffisance de cette mesure appelait une intervention législative, qui ne tarda pas à se produire. Une loi du 3 septembre 1807 vint déterminer le taux de l'intérêt légal et imposer un maximum à celui de l'intérêt conventionnel. Elle décida que les prêteurs d'argent ne pourraient stipuler des intérêts supérieurs au taux légal qu'elle fixait à 5 p. 100 en matière civile et à 6 p. 100 en matière de commerce. Cette prohibition était accompagnée de sanctions civiles et pénales, dont une loi du 19 décembre 1850 augmenta la rigueur.

Comme la limitation du taux de l'intérêt est chose essentiellement arbitraire, puisque la valeur de l'argent dépend des circonstances économiques, la loi se trouva bientôt en contradiction avec les faits. Aussi s'est-on efforcé d'en restreindre l'application. On refusa tout d'abord de l'étendre aux colonies françaises, pour lesquelles on promulgua des règlements particuliers qui portèrent le taux de l'intérêt à un chiffre supérieur à celui de la loi de 1807, ou même qui l'abandonnèrent à la volonté des parties.

C'est ainsi qu'en Algérie l'ordonnance du 7 décembre 1835, confirmée par une loi du 27 avril 1881, déclare licite toute convention sur le taux de l'intérêt, et cela en matière civile comme en matière commerciale. Dans le même ordre d'idées, une loi du 10 juin 1857 autorisa la Banque de France à élever, en cas de besoin, le taux de ses escomptes et l'intérêt de ses avances au-dessus de 6 p. 100. Plus récemment, la loi du 10 juillet 1885 a déclaré libre l'intérêt conventionnel en matière de prêts hypothécaires sur navires. Enfin, on a toujours considéré que la loi générale de 1807 ne déroge pas aux décrets spéciaux du 24 thermidor an XII et du 8 thermidor an XIII, qui donnent aux administrateurs des monts-de-piété le droit de fixer le taux de l'intérêt des prêts qu'ils consentent.

De leur côté, la doctrine et la jurisprudence déclarèrent la

loi de 1807 inapplicable aux prêts d'argent aléatoires, comme le prêt à la grosse et la constitution de rente viagère, aux prêts de choses mobilières autres que des sommes d'argent (prêt de denrées ou prêt de titres), et aux dettes d'argent ayant une cause étrangère au prêt, comme la vente à crédit avec stipulation d'intérêts pour le vendeur, le report, le change et l'escompte (1).

Tandis que l'on atténuait en France les conséquences de la loi du 3 septembre 1807, la plupart des législations étrangères se prononçaient en faveur de la liberté du taux de l'intérêt. Ce principe fut successivement adopté par le Brésil en 1832, l'Angleterre, le Portugal et la Toscane en 1833, l'Espagne en 1838, le Danemark en 1855, la Norwège, la Hollande et le Piémont en 1857, la Suède en 1864, la Belgique et l'Italie en 1865, la Prusse et la Bavière en 1866 et 1867, l'Autriche et la Hongrie en 1868 ; il fut étendu à toute l'Allemagne en 1871 et à l'Alsace-Lorraine en 1872. Une partie des Cantons suisses et les États-Unis repoussent, eux aussi, la réglementation des conventions d'intérêt. Il faut observer cependant que des lois spéciales punissent, en Autriche (loi de 1877) et en Allemagne (loi de 1880), ceux qui abusent des besoins et de l'inexpérience de l'emprunteur pour stipuler des intérêts excessifs (2).

La législation française, forcée d'entrer à son tour dans la voie libérale où s'étaient engagées les nations étrangères, est revenue au système de la loi du 3 octobre 1789 avec la loi du 12 janvier 1886, dont voici l'article unique : « Les lois des 3 septembre 1807 et 19 décembre 1850, dans leurs dispositions relatives à l'intérêt conventionnel, sont abrogées en matière de commerce ; elles restent en vigueur en matière civile ». Cette

---

(1) Danjon, *Le prêt civil et le prêt commercial sous la loi du 12 janvier 1886* (*Annales de Droit comm.*, p. 193 et suiv., année 1887).

(2) Danjon, *loc. cit.*, p. 197.

distinction se justifiait aisément dans la pensée de ses auteurs. Les commerçants, plus au courant des affaires, peuvent se passer aisément de la protection de la loi, au lieu qu'on ne saurait sans imprudence accorder une liberté aussi dangereuse à des gens moins expérimentés, aux propriétaires ruraux par exemple. Mais il est douteux que le système actuel soit de nature à répondre aux intentions du législateur et à protéger les non-commerçants d'une manière efficace contre les abus des emprunts. Ici encore nous allons voir l'idée de liberté prévaloir contre celle d'autorité, le principe commercial devenir la règle, celui d'ordre civil l'exception.

Aux termes de la loi de 1886, le taux de l'intérêt, libre dans les prêts commerciaux, est limité dans les prêts civils. Il suit de là que la détermination des caractères auxquels le prêt commercial se distingue du prêt civil acquiert une nouvelle importance. Cependant le législateur, évitant toute définition, se borne à renvoyer à la jurisprudence qui s'était formée sous l'empire de la loi de 1807, pour déterminer dans quel cas il y aurait lieu à la perception d'un intérêt de 5 ou de 6 p. 100 (1). Cette méthode impose à l'interprète le devoir d'analyser cette jurisprudence.

Tout d'abord un prêt est incontestablement commercial lorsque le capital emprunté doit être employé à une opération commerciale. Il est, en effet, de vérité économique que l'intérêt est à la fois une prime d'assurance contre les risques courus par le prêteur et la rémunération du service par lui rendu à l'emprunteur. Dans notre hypothèse, on doit permettre aux parties d'élever à leur gré le taux de l'intérêt, puisque les bénéfices d'un acte de commerce dépassent généralement ceux que laisse une opération civile, et que les risques courus par

(1) V. *Journal Officiel*, 1879 (Déb. parl., p. 7003) et 1885 (Doc. parl., Sénat, p. 641).

le prêteur atteignent le maximum quand son capital est exposé aux chances inséparables d'une spéculation commerciale. Les principes juridiques confirment cette solution. La théorie de l'accessoire conduit à reconnaître le caractère commercial à un emprunt destiné à une opération mercantile. D'ailleurs la qualité des parties est ici indifférente. Le prêt serait commercial quand même ni le prêteur ni l'emprunteur ne seraient commerçants. Toutefois la profession du débiteur commerçant devrait faire considérer jusqu'à preuve contraire l'emprunt comme commercial (art. 638, § 2 C. com.) (1)

Il est plus difficile de déterminer la nature du prêt s'il est fait par un négociant, par un banquier, par exemple, à une personne non commerçante pour une opération non commerciale. Sous l'empire de la loi de 1807, ce point était controversé. Plusieurs Cours d'appel et un petit nombre d'auteurs, s'attachant exclusivement à la destination des fonds prêtés, défendaient de stipuler un intérêt supérieur à 5 0/0. Lorsqu'un banquier retire ses capitaux du commerce pour les affecter à des placements civils, n'est-il pas juste qu'il subisse une diminution d'intérêt correspondante à celle de ses risques (2)? Mais cette théorie ne pouvait triompher parce qu'elle contrariait les besoins de la pratique : le commerce de la banque deviendrait impossible si, lors de chaque opération, le banquier devait considérer la destination des fonds qui lui sont empruntés. De plus, l'argument de la première opinion n'est pas absolument probant. L'intérêt ne représente pas seulement les risques de perte du capital, mais aussi la privation de la jouissance des deniers dont on s'est dessaisi. Si l'argent retiré du

---

(1) V. Danjon, *loc. cit.*, p. 201 ; — Bonfils, *Examen doctrinal* (*Revue critique*, 1889).

(2) Montpellier, 13 août 1853 (S. 1853-2-469) ; — Lyon-Caen et Renault, *Précis*, n° 1385.

commerce est moins exposé, il donne aussi moins de bénéfices. C'est une vérité que le droit romain avait parfaitement comprise, puisqu'il portait le taux de l'intérêt de 6 à 8 0/0 au profit des commercants, et que nos anciens auteurs ne mettaient pas en doute, pénétrés de l'exactitude du célèbre adage de Scacchia : « *Plus valet pecunia mercatoris quam pecunia non mercatoris* ». C'est aussi, et cet argument nous paraît décisif, l'avis du législateur moderne qui, en autorisant exceptionnellement la Banque de France à élever au dessus de 6 0/0 l'intérêt de ses avances, reconnaissait implicitement, sous le régime de la loi de 1807, que les prêts faits par les banquiers ordinaires pouvaient porter intérêt à 6 0/0, c'est-à-dire étaient commerciaux. Aussi est-ce à cette solution que s'étaient rattachés avant 1886 la majorité de la doctrine et le plus grand nombre d'arrêts (1).

En renvoyant à la jurisprudence antérieure, les rédacteurs de la loi nouvelle ont à leur tour sanctionné ce principe que le prêt doit être commercial indépendamment de la destination des deniers quand le prêteur est commerçant. Mais cette règle conduit, en l'état des lois en vigueur, à des conséquences que les auteurs de la loi de 1886 n'ont certainement pas aperçues. Ils ont cru que le maintien de la réglementation du taux de l'intérêt en matière civile opposait à l'usure une barrière suffisante pour qu'il fût possible de proclamer sans danger la liberté des conventions d'intérêt en matière commerciale. En cela, ils se sont totalement mépris, parce qu'ils n'ont pas vu que les prêts faits par les usuriers seraient à l'avenir des opérations parfaitement licites aux termes mêmes de la loi nouvelle et de la jurisprudence qu'elle a visée. La perception d'un intérêt supérieur au taux légal n'est, en effet, passible de peines

---

(1) Aubry et Rau, § 396, texte et note 23 ; — Cass. 28 avril 1869 (S. 1869-1-306) ; — 10 janvier 1870, deux arrêts (S. 1870-1-157 et 159) ; — Douai, 24 janvier 1873 (S. 1873-2-244).

correctionnelles que dans le cas où elle est habituelle (loi du 19 déc. 1850, art. 2). La circonstance qui jusqu'ici faisait tomber les prêteurs à gros intérêts sous le coup de la loi pénale va devenir leur sauvegarde (1). En faisant du trafic de l'argent leur occupation principale, les usuriers acquièrent incontestablement avec la qualité de commerçants (art. 1er et 634, § 4 C. com.) le droit de stipuler des intérêts supérieurs au taux légal. Ainsi la liberté du taux de l'intérêt proclamée en matière commerciale s'exerce indirectement en matière civile. Que reste-t-il donc, dans le droit actuel, de la législation sur l'usure ? Presque rien. L'usure n'existe plus comme délit pénal, puisque les usuriers sont désormais des commerçants qu'on ne peut plus inquiéter. Au point de vue civil, il n'y a plus qu'un cas exceptionnel où les sanctions des lois de 1807 et de 1850 doivent encore s'appliquer. C'est celui où une personne n'exerçant aucun commerce déterminé prête accidentellement une somme d'argent destinée à une opération civile, avec stipulation d'intérêts supérieurs à 5 0/0.

Dans ces conditions, les pouvoirs publics ont le devoir d'empêcher les usuriers de profession d'exercer leur honteux commerce au préjudice des ouvriers, des paysans, des fermiers et des petits propriétaires. A cette situation deux remèdes seraient possibles : une intervention législative prenant des précautions spéciales contre ceux qui abuseraient des besoins, de l'inexpérience et de la faiblesse des emprunteurs, ou un revirement jurisprudentiel, attribuant le caractère civil aux prêts faits par les commerçants, quand ils sont destinés à une opération civile (2).

---

(1) Danjon, *loc. cit.*, p. 205.

(2) La jurisprudence paraît, en effet, s'engager dans cette voie : Cass. crim., 2 juin et 9 nov. 1888 ; — Lyon, 3 juin 1889 (S.1889-1-393, 1890-2-41, et les notes de M. Lyon-Caen).

CHAPITRE VI

DU GAGE

Au début de notre siècle, le contrat de gage était loin de trouver comme aujourd'hui ses applications les plus fréquentes dans la pratique commerciale. Les négociants n'y recouraient que si l'embarras de leurs affaires les privait de tout crédit personnel. Aussi le législateur de 1807 n'a-t-il pas songé à s'en occuper d'une façon particulière (1). Sous l'empire du Code de commerce, la jurisprudence soumettait donc le gage commercial aux règles du gage civil en vertu de ce principe que le droit civil est applicable aux opérations mercantiles en l'absence d'usages contraires et dans le silence des lois commerciales. Elle décidait en conséquence, sauf quelques difficultés que nous retrouverons plus loin, que les art. 2074, 2075 et 2078 C. civ. régissaient également la constitution et la réalisation du gage en matière commerciale.

Mais le développement subit de la fortune mobilière et la transformation des procédés industriels ont donné à ce moyen de crédit une importance inattendue. On peut dire que la fabrication moderne serait impossible sans l'emploi du nantissement mobilier. Pour trouver les capitaux nécessaires à la continuation de leur industrie, les fabricants sont souvent obligés

---

(1) Il ne s'occupait que du privilège du commissionnaire fondé sur une sorte de gage tacite.

de se faire consentir des avances sur les marchandises dont ils ne peuvent trouver l'écoulement immédiat. Avec la généralisation du nantissement commercial, les formalités compliquées auxquelles le droit commun assujettissait ce contrat furent reconnues gênantes dans les transactions mercantiles. Sollicité de rendre la constitution du gage plus facile et sa réalisation plus prompte, le législateur ne procéda pas tout d'abord par voie de mesure générale. Des lois spéciales dérogèrent aux principes du Code civil, mais seulement en faveur de plusieurs grands établissements de crédit. L'Ordonnance du 15 juin 1834, rendue en exécution de la loi du 17 mai de la même année, stipula, en autorisant la Banque de France à faire des avances sur titres, que la constitution du gage résulterait de la souscription par l'emprunteur d'un engagement soustrait aux formalités des art. 2075 et 2078 du Code civil. Faute de paiement par l'emprunteur, la Banque peut dès le lendemain de l'échéance faire vendre à la Bourse les titres engagés sans qu'il soit besoin de jugement ni d'aucune autre formalité. (Ordonnance du 15 juin 1834, art. 5.) Dans le même ordre d'idées la loi du 19 juin 1857 a accordé à la Société du Crédit Foncier des prérogatives analogues pour les avances faites sur nantissement d'obligations foncières (1).

Mais la dérogation la plus remarquable apportée au droit civil avant la loi générale de 1863, résulte de la loi du 28 mai 1858 sur les négociations concernant les marchandises déposées dans les Magasins généraux. On sait que tout déposant reçoit deux titres détachés d'un registre à souche : un certificat

(1) V. aussi l'Ordonnance du 25 mars 1841 pour les Comptoirs d'escompte. Remarquons qu'il n'y a pas lieu de distinguer selon que la dette est civile ou commerciale, ces dispositions ayant été édictées plutôt dans l'intérêt des établissements prêteurs que dans celui des emprunteurs.

de propriété ou récépissé, et un bulletin de gage ou warrant. Ces deux titres sont à ordre et peuvent être négociés ensemble ou séparément. Aux termes de l'art. 4 de la loi de 1858, « l'endossement du warrant séparé du récépissé vaut nantissement de la marchandise au profit du cessionnaire du warrant (1) ».

Ce mode de constitution du gage n'a pas, en réalité, simplifié d'une façon bien notable les formalités civiles, puisque soit le warrant lui-même (art. 2), soit l'endossement de ce titre (art. 5-2), soit la transcription de la première négociation (art 5-3), doivent contenir des mentions analogues à celles de l'art. 2074 (C. civ.). Mais, au point de vue de la réalisation des objets donnés en nantissement, l'art. 7 de la loi de 1858 est venu apporter une réforme sensible à l'art. 2078 (C. civ.) en stipulant qu'à défaut de payement à l'échéance, le porteur du warrant séparé du récepissé peut, huit jours après le protêt et

---

(1) L'usage des warrants, qui paraissait jusqu'ici particulier au commerce, semble devoir s'introduire dans la pratique civile. Une proposition de loi ayant pour but la négociation et la création de warrants agricoles a été présentée à la Chambre par MM. Delaunay, Brindeau, Siegfried, etc., dans la séance du 13 mars 1897 (Documents parlementaires, Chambre, n° 2341). — Il ne s'agit pas, à vrai dire, d'étendre le bénéfice de la loi de 1858 à l'agriculture, les auteurs du nouveau projet prétendant organiser le prêt sur gage sans déplacement de la marchandise par dérogation aux articles 2076 Code civ., et 92 C. com., en autorisant le débiteur à devenir gardien du gage.

Nous doutons que ce projet arrive à mettre à la portée de l'agriculture toutes les facilités de crédit que trouve généralement le commerce dans l'emploi du nantissement. Il est un cas, entre tous, où l'application de ces nouveaux principes deviendrait en fait impossible : c'est celui où l'exploitation rurale est confiée à un fermier. Il ne faut pas oublier que les récoltes, que le projet permet de warranter jusqu'à concurrence des 2/3 de leur valeur, sont le gage du propriétaire. Pour ménager les intérêts contradictoires du bailleur et du preneur, la proposition soumise à l'examen de la Chambre

sans aucune formalité de justice, faire procéder à la vente publique aux enchères et en gros des marchandises engagées, dans les formes et par les officiers publics indiqués dans la loi du 28 mai 1858. Ainsi, dans l'intérêt du commerce, le législateur a dispensé le porteur du warrant des lenteurs et des frais nécessités par l'obtention du jugement indispensable aux termes de l'art. 2078 C. civ. pour exécuter le gage.

Quant aux autres hypothèses de constitution d'un gage commercial, on s'accordait à les soumettre, en thèse générale, à la réglementation du Code civil. Mais si le principe semblait hors de doute, on était loin de s'entendre sur sa portée d'application. Ainsi, on avait essayé de soutenir que dans le cas où les valeurs engagées consistaient en meubles corporels ou en créances à personne dénommée, il était inutile de remplir les formalités exigées par les art. 2074 et 2075 pour rendre le

---

enlève au fermier la faculté de constituer ses récoltes en gage s'il doit des termes échus. Mais comment l'empêcher de faire cette opération au détriment du propriétaire, la veille d'une échéance ? Afin d'éviter ce danger, les propriétaires ne manqueront pas, si le projet est voté, d'imposer aux fermiers une renonciation au bénéfice de la loi nouvelle (V. *Revue politique et parlementaire,* 10 juillet 1897).

On peut rapprocher de ce projet la proposition faite, en 1888, de commercialiser les billets des agriculteurs dans l'intérêt du crédit rural. Tout en nous déclarant partisan de la commercialisation des billets à ordre signés par des débiteurs civils (réforme déjà accomplie en Italie, Belgique, etc.), nous ne voyons pas ce que le crédit agricole pourrait bien gagner à cette réforme. Le cultivateur, comme tout autre, peut souscrire une lettre de change qui produit, dans l'état actuel du droit, les mêmes effets que celle d'un négociant de profession. Mais ce n'est pas à la souscription de titres commerciaux, dont l'utilité n'est réelle que pour le crédit à court terme, qu'il faut demander la solution du problème, le Crédit agricole exigeant presque toujours des échéances fort reculées (V. Thaller, *De l'organisation du crédit agricole* (*Annales de Droit commercial,* p. 175-1889).

nantissement opposable aux tiers. Mais cette opinion, unanimement repoussée en doctrine, n'avait trouvé presque aucun crédit en jurisprudence (1).

La difficulté était plus sérieuse lorsqu'il s'agissait de la dation en gage soit de valeurs nominatives négociables par voie d'ordre ou de transfert, soit de titres au porteur. Comme la propriété de ces créances se transmet *erga omnes* par endossement, transfert ou tradition, il semblait illogique d'exiger des formalités plus rigoureuses pour donner à leur nantissement efficacité absolue. Plusieurs arrêts avaient consacré ce système pour les valeurs négociables (2), et certaines compagnies admettaient qu'on fît sur leurs registres des transferts d'actions ou d'obligations à titre de garantie.

Pour les titres au porteur, la question se compliquait encore, la jurisprudence hésitant entre trois opinions : l'une, qui déclarait parfait le nantissement des titres au porteur par la simple tradition indépendamment des formalités de l'art. 2075 ; l'autre, qui appliquait cet article à l'hypothèse ; la troisième, qui assujettissait la convention du nantissement à la nécessité d'un acte écrit, enregistré, conformément à l'art. 2074, mais sans exiger de signification pour sa validité au regard des tiers (3).

---

(1) Cass. 5 juillet 1820 (S. 1821-1-145) ; — 17 mai 1847 (S. 1847-1-404) ; — 19 juin 1860 (S. 1860-1-689). — *Contrà :* Rennes, 29 déc. 1849 (S. 51-2-155).

(2) Rouen, 29 avril 1837 (S. 1837-2-375) ; — Cass., 18 juillet 1848 (S. 1848-1-609) ; — Nimes, 2 août 1847 (D. 1848-2-41). — *Contrà :* Amiens, 2 mars 1861 (S. 1861-2-158) ; — Cass., 10 avril 1867 (S. 1867-1-277) ; — 13 janvier 1868 (S. 1868-1-125). Ces deux derniers arrêts statuent dans des espèces antérieures à la loi du 23 mai 1863.

(3) Dans le 1er sens : Bordeaux, 17 avril 1845 (S. 1845-2-450) ; — Paris, 8 février 1854 (S. 1854-2-230) ; — Cass., 23 janvier 1860 (S. 1860-1-543). — Dans le 2e sens : Rouen, 24 janv. 1861 (S. 1861-2-207) ;

La loi du 3 mai 1863 fut édictée pour mettre un terme à ces difficultés et simplifier les principes applicables au gage commercial. Elle dispose tout d'abord que le gage a ce caractère, qu'il soit constitué par un commerçant ou un non commerçant, lorsqu'il est consenti pour un acte de commerce, c'est-à-dire lorsqu'il a pour but de garantir le paiement d'une dette commerciale ; puis elle édicte des règles spéciales pour sa constitution et pour sa réalisation. Au premier point de vue, les dérogations au Code civil s'expliquent par cette idée qu'il n'y a pas lieu de soumettre la constitution d'une chose en gage à des formalités plus compliquées que son aliénation. Quant aux règles relatives à l'exécution de l'objet donné en nantissement, elles ont pour but de dispenser le créancier des lenteurs et des frais d'une instance judiciaire incompatibles avec les besoins du commerce. Aussi le nouvel article 91 C. com. admet-il pour les meubles corporels que le gage commercial se constitue à l'égard des tiers comme des parties contractantes, conformément à l'art. 109 C. com. Il abroge donc la nécessité de l'écrit dressé en conformité de l'art. 2074 et notamment l'obligation de l'enregistrement, qui était le principal obstacle au développement du gage dans le crédit commercial.

Les nécessités de la pratique amenèrent également la consécration de la validité du gage, même à l'égard des tiers, constitué soit par voie de transfert, soit par voie d'endossement pour les valeurs transmissibles au moyen de ces procédés. Cette solution résulte de l'art. 91, 2° et 3°, modifié par la loi du 23 mai 1863, qui tranche les controverses antérieures dans le sens le plus libéral : « Le gage, à l'égard des valeurs négociables, peut aussi être établi par un endossement régulier

---

— Cass., 11 août 1847 (S. 1847-1-641) ; — 19 juin 1860 (S. 1860-1-689). — Dans le 3e sens : Montpellier, 4 janvier 1853 (S. 1853-2-266) ; — Alger, 9 juin 1862, sous Cassation, 30 nov. 1864 (D. 1865-1-55).

indiquant que les valeurs ont été remises en garantie...; à l'égard des actions des parts d'intérêts, et des obligations nominatives des Sociétés financières, industrielles, commerciales ou civiles, dont la transmission s'opère par un transfert sur les registres de la Société, le gage peut également être établi par un transfert à titre de garantie inscrit sur lesdits registres ». Pour ces deux sortes de valeurs, il n'est plus nécessaire, tout au moins en matière commerciale, ni d'écrit, ni de signification au débiteur, l'endossement et le transfert de garantie suffisant pour que le droit du créancier gagiste existe et soit opposable aux tiers. Bien plus, une jurisprudence constante, accentuant les dérogations apportées par la loi de 1863 au système du Code civil, décide que la mise en gage de titres négociables par voie d'ordre ou de transfert, peut être établie *erga omnes,* à défaut de transfert ou d'endossement, par tous moyens de preuve, conformément au principe posé dans le premier alinéa de l'art. 91. Certains auteurs, argumentant, il est vrai, du quatrième alinéa de cet article stipulant qu'il n'est pas dérogé aux dispositions de l'art. 2075 C. civ., en ce qui concerne les créances mobilières dont le cessionnaire ne peut être saisi à l'égard des tiers que par la signification du transfert faite au débiteur, ont prétendu appliquer ce texte aux valeurs à ordre ou cessibles par déclaration de transfert, lorsqu'elles n'ont pas été constituées en gage suivant les règles relatives à leur forme spéciale (1).

Mais l'opinion contraire a prévalu en jurisprudence; l'art. 91 pose, en effet, en principe que le gage commercial peut se constituer et se prouver à l'égard des tiers de toutes les manières possibles ; le quatrième paragraphe de cet article en excepte les créances, dont le cessionnaire ne peut être saisi à

(1) Lyon-Caen et Renault, *Précis,* n° 694, p. 376, t. I[er]

l'égard des tiers que par la signification du transfert faite au débiteur ; on ne saurait étendre cette dérogation aux créances dont le cessionnaire peut être saisi autrement (1).

La loi de 1863, faite en vue du gage commercial, a-t-elle pu soustraire les créances qui nous occupent à l'application du droit commun, lorsqu'il s'agit d'un gage civil? On l'a soutenu et on a décidé que même en matière civile, tout au moins pour les titres nominatifs ou à ordre, le transfert ou l'endossement suffisait pour que le gage fût valable à l'égard des tiers (2). Nous repoussons cette tentative d'extension du droit commercial, parce qu'il n'y a pas de raison pour étendre au gage civil la loi de 1863. Ainsi on a déclaré, à bon droit, qu'un nantis-

---

(1) Angers, 14 mai 1875 (D. 1878-2-76) ; — Paris, 28 nov. 1878 (D. 1879-2-153). — Mais la jurisprudence est très hésitante sur la question de savoir dans quelles conditions le nantissement d'un fonds de commerce devient opposable aux tiers. D'une part, on a jugé que le droit de gage consenti par le débiteur sur son fonds de commerce serait nul s'il en continue l'exploitation — Lyon, 1er déc. 1857 (D. 1859-2-167) ; — Paris, 26 juillet 1851 (S. 1851-2-619) — alors même que le créancier gagiste s'étant fait remettre le bail, ait signifié son gage au bailleur des lieux où s'exploite le fonds. — Trib. comm. Seine, 9 janvier 1892 (*Gaz. Pal.*, 1892-1-387) ; — 24 août 1893 (*Gaz. Pal.*, 1893-2-347). — Il a été décidé en sens contraire que la mise en possession s'opérait valablement par la tradition au créancier gagiste de l'acte établissant le droit du débiteur sur le fonds de commerce. — Trib. comm. Seine, 5 juin 1891 (*Gaz. Pal.*, 1891-2-34) ; — Paris, 1892 (D. 1893-2-108).

Pour mettre un terme à ces difficultés, la Chambre vient de voter (séance du 12 nov. 1897, *Journ. Off.*, 13 nov. 1897), sur l'initiative de M. Millerand, une proposition de loi complétant ainsi qu'il suit l'article 2075 Code civil : « En outre, chaque dation en nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité, recevoir mention sur un registre public tenu à cet effet au Greffe du Tribunal de commerce dans le ressort duquel est sis le fonds. »

(2) Aubry et Rau, t. IV, § 433.

sement civil en titres au porteur est soumis à la nécessité d'un acte écrit, enregistré pour la validité de la constitution du gage à l'égard des tiers (1). La seule question discutable serait celle de savoir si la signification à l'établissement débiteur doit être faite en vertu de l'art. 2075 *in fine*. La solution négative nous paraît s'imposer ici, étant donnée l'assimilation des titres au porteur aux meubles corporels (2).

Comme nous l'avons dit plus haut, le législateur ne s'est pas borné à rendre plus facile la constitution du gage commercial, il a complété son œuvre en introduisant des formes expéditives pour parvenir à sa réalisation. Aux termes de l'art. 93, 1° C. com. : « à défaut de paiement à l'échéance, le créancier peut, huit jours après une simple signification faite au débiteur et au tiers bailleur du gage s'il y en a un, faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage ». On s'est demandé si le créancier gagiste ne pourrait, en matière commerciale, invoquer l'article 2078 C. civ. pour se faire autoriser par le Tribunal à s'approprier le gage à due concurrence. La loi de 1863 ne s'étant pas expliquée sur cette difficulté, nous pensons, avec la plupart des auteurs, qu'on ne saurait priver le créancier du bénéfice du droit commun. Le dernier alinéa de l'art. 93, qui annule toute clause permettant au créancier de s'approprier le gage ou d'en disposer sans les formalités ci-dessus indiquées, ne saurait s'appliquer à une décision de justice (3).

---

(1) Douai, 16 mars 1889 (*Pand. franç.*, 1889-2-130) ; — Lyon, 6 juillet 1889 (D. 1890-2-113).

(2) V. arrêts précités.

(3) Lyon-Caen et Renault, *Précis*, t. I, n° 702 ; — Aubry et Rau, t. IV, § 434 ; — Boistel, n° 496. — *Contrà :* Toulouse, 27 juillet 1872 (S. 1874-2-178) ; — Paris, 8 mars 1873 (D. 1874-2 70) ; — Cass., 14 mars 1870 (D. 1870-1-222).

CHAPITRE VII

CAUTIONNEMENT ET SOLIDARITÉ

Malgré le développement considérable du nantissement mobilier, sous l'influence des transformations économiques et des simplifications législatives que nous venons d'exposer, cette garantie précieuse ne joue pas un rôle prépondérant dans le crédit commercial. La nécessité où se trouve le débiteur de se dessaisir du gage, la limitation de la sûreté du créancier à un objet déterminé, empêchent souvent les parties d'y recourir. Le débiteur et le créancier préfèrent, dans la majorité des hypothèses, offrir et accepter une sûreté personnelle dont l'engagement plus souple et plus étendu présente en définitive autant d'efficacité. La signature de plusieurs obligés solidaires dont on connaît la solvabilité est assurément le moyen de crédit le plus simple et le plus avantageux. Aussi le génie pratique des commerçants a-t-il depuis longtemps introduit la solidarité comme modalité de droit commun dans les conventions du négoce: « Telle a été la coutume établie par l'accord unanime et tacite de tous les commerçants et constamment suivie par leur juridiction spéciale ; c'est conséquemment l'inspiration naturelle de gens tout à fait étrangers par leur position et leurs habitudes aux règles du droit civil (1) ». C'était déjà le principe du droit italien du XIII[e] siècle ; c'était aussi la règle

(1) Frémery, *Droit comm.*, p. 22.

reçue dans notre ancienne jurisprudence, où Pothier la déclarait passée en maxime ; et c'est enfin, sauf de bien rares dissidences, la coutume que sanctionnent les législations étrangères, ainsi que nos auteurs et nos arrêts (1).

L'usage général de la solidarité en matière commerciale se justifie aisément : elle concilie l'intérêt du créancier et du débiteur en assurant au premier un paiement rapide et intégral, et en procurant du crédit au second sans le contraindre à donner un gage ou à grever ses biens d'hypothèques. Pour cette double raison, la solidarité nous apparaît dans le commerce comme le type normal des sûretés personnelles. Le cautionnement, et surtout le cautionnement pur et simple, n'y joue qu'un rôle plus effacé, à cause des entraves que les bénéfices légaux accordés aux cautions apportent aux poursuites des créanciers. Le bénéfice de discussion notamment, avec les lenteurs qui lui sont inhérentes, s'oppose à l'emploi ordinaire du cautionnement dans les rapports commerciaux. Aussi la renonciation du fidéjusseur aux bénéfices y est-elle d'un usage courant. D'ailleurs la loi elle-même semble indiquer la voie aux parties, dans les quelques textes où, déterminant les obligations du donneur d'aval, elle écarte le droit commun pour appliquer les principes rigoureux du cautionnement solidaire (141, 142, 187 C. com.). Certains Codes étrangers (Code de commerce allemand, art. 281, 2°, et Code hongrois, art. 270, 3°) accentuent encore cette tendance en abrogeant expressément le bénéfice de discussion, soit lorsque la dette principale est commerciale, soit lorsque le cautionnement constitue lui-même un acte de commerce.

---

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 38 ; — Poitiers, 13 juillet 1894 (*Gaz. Pal.*, 18 juillet 1894 et arrêts cités) ; — Code allemand, art. 280 ; — Code hongrois, art. 268 ; — Code italien, art. 40, 1° ; — Code roumain, art. 42 ; — Code portugais, art. 100.

Si l'on rapproche maintenant la pratique civile des usages commerciaux, on est tout d'abord tenté de proclamer leur opposition absolue. La solidarité, qui est la règle en matière commerciale, semblerait, en matière civile, n'exister qu'à l'état d'exception. Le Code civil renversant, en effet, le principe établi par les juridictions commerciales, déclare que la solidarité ne se présume pas, et ne peut résulter que d'une stipulation formelle ou bien d'un texte de loi (art. 1202).

En poussant plus loin ce parallèle, on s'attend aussi à découvrir une antithèse frappante entre le cautionnement civil et le cautionnement commercial. Les deux institutions ne diffèrent-elles point par leur esprit et par leur but? Dans la vie civile, le cautionnement se présente comme un contrat de bienfaisance, comme un service d'ami. Dans le commerce, où rien ne se fait gratuitement, un négociant n'en cautionne guère un autre que pour favoriser ses propres opérations. Il cautionne à charge de revanche ou moyennant une part dans les produits de la spéculation à laquelle il prête le secours de son crédit. Dès lors, on comprend très bien les clauses de renonciation aux bénéfices légaux quand le cautionnement est une affaire ; mais on les imagine difficilement quand l'engagement de la caution est étranger à tout calcul d'intérêt personnel.

Pourtant ces considérations théoriques sont démenties par les données de la pratique. Le cautionnement, type civil des sûretés personnelles, et la solidarité, institution fondamentale du crédit commercial, semblent évoluer vers un état de droit où ils seront confondus, comme ils l'étaient à l'origine. Le cautionnement tend à se modeler de plus en plus sur la solidarité en aggravant ses effets, et la solidarité, à l'inverse, à se rapprocher du cautionnement en atténuant ses rigueurs (1).

(1) Marcel Fournier, *Revue critique*, années 1886, p. 696, et 1887, p. 40 ; — Charmont, *Revue critique*, année 1894, p. 65 ; — Thisse,

Indiquons ce double mouvement et tâchons d'en préciser les causes.

La doctrine et la jurisprudence, qui s'efforcent de nos jours d'asseoir sur des bases nouvelles la théorie de la solidarité, sont insensiblement amenées à traiter avec plus d'indulgence les codébiteurs solidaires. On sait que les jurisconsultes modernes essayent de résoudre la plupart des difficultés de la matière par cette idée que les divers obligés se représentent les uns les autres, à l'effet de payer la dette et de recevoir les poursuites (1) Mais ce mandat existe-t-il dans chaque hypothèse d'obligation solidaire, et quelles en sont dans tous les cas les conséquences et l'étendue ?

Dans l'opinion de certains auteurs, il y aurait à côté de la solidarité conventionnelle ou parfaite une solidarité imparfaite, légale ou délictuelle, dont le seul effet serait de permettre au créancier d'exiger un paiement intégral de l'un quelconque de ses débiteurs sans l'autoriser à se prévaloir contre eux des articles 1205, 1206 et 1207 du Code civil (2). A vrai dire, cette théorie, favorable aux obligés solidaires, n'obtient aucun succès en pratique. Mais la jurisprudence a manifesté d'une autre manière son désir de relâcher les liens étroits de la solidarité. Cherchant à déterminer les limites exactes du mandat de représentation que sont présumés s'être donné les débiteurs solidaires, la Cour de cassation pose en principe : « qu'en règle générale et sauf les exceptions pouvant résulter d'une disposition expresse ou virtuelle de la loi, le mandat que les débiteurs solidaires sont réputés se donner entre eux, s'il leur permet d'améliorer la condition de tous, n'a pour effet de nuire

---

Etude comparée sur l'histoire et le rôle actuel du cautionnement et de la solidarité, p. 177 et suiv. (Thèse, Montpellier 1895).

(1) Vigié, t. II, p. 620.

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 20.

à aucun d'eux » (1). En conséquence, la Cour décide que le créancier qui a laissé passer le délai de l'appel contre l'un des débiteurs solidaires, ne peut être relevé de la déchéance encourue à son égard par la signification d'un acte d'appel faite en temps utile aux autres codébiteurs.

Cette interprétation du mandat mutuel que suppose la solidarité nous paraît très acceptable. Elle est conforme à la volonté probable des parties, qui n'ont vu dans le mandat donné qu'un moyen d'améliorer leur condition commune et non pas de l'aggraver. Si la Cour suprême veut aller jusqu'aux dernières conséquences de son principe, elle doit condamner sa jurisprudence rigoureuse sur les effets absolus de la chose jugée entre codébiteurs solidaires (2), et décider, comme l'avaient proclamé d'anciens arrêts, que les jugements obtenus par l'un des obligés profitent à ses coassociés, mais que les condamnations rendues contre lui ne sauraient leur nuire (3).

La dégradation de la solidarité est encore plus sensible dans certaines législations étrangères. Le Code fédéral suisse des obligations déclare, dans son article 105, que l'un des codébiteurs solidaires ne peut par son fait personnel aggraver la position des autres, solution différente de celle de nos articles 1205 et 1207 C. civ. Le Code allemand va plus loin encore : repoussant la théorie de nos articles 1205, 1206 et 1207, il admet en général « les solutions acceptées par la doctrine pour ce qu'on appelait la simple solidarité par opposition à la corréalité (4) ».

---

(1) Cass., 16 déc. 1891 (S. 1892-1-81).

(2) Cass., 28 décembre 1881 (D. 1882-1-377) ; — 1er décembre 1885 (D. 1886-1-251).

(3) Cass., 15 janv. 1839 (S. 1839-1-97 ; 25 mars 1861 (S. 1861-1-433).

(4) Saleilles, *Essai d'une théorie générale des obligations, d'après le Code civil allemand*, p. 124.

De son côté, le cautionnement marche vers la solidarité en lui empruntant ses rigueurs. « Quand on consulte aujourd'hui des notaires, des praticiens sur le rôle du cautionnement dans la vie journalière et sur la manière dont s'engagent en général les cautions, ils répondent, écrit M. Marcel Fournier, que la caution s'engage dans la grande majorité des cas comme caution solidaire, quelquefois comme codébiteur solidaire non intéressé, très rarement comme caution simple ». Pratiquement, la situation des cautions converge vers celle des codébiteurs solidaires par quatre chemins différents :

a) Le fidéjusseur renonce aux bénéfices de division et de discussion.

b) Les cautions s'obligent solidairement entre elles sans expression de solidarité avec le débiteur principal.

c) Le créancier stipule un cautionnement solidaire.

d) Le fidéjusseur s'engage comme codébiteur solidaire non intéressé.

A chacune de ces variétés d'engagement correspond une étape vers la solidarité.

La renonciation aux bénéfices de division et de discussion, tout en empirant la situation du fidéjusseur, n'altère pas la nature juridique du contrat qu'il a souscrit. Mais dans la seconde hypothèse apparaît l'idée de solidarité, sinon dans les rapports du véritable intéressé avec les cautions, tout au moins dans les relations respectives des débiteurs accessoires. Il suit de là que les cautions ne sauraient invoquer le bénéfice de division (art. 1203), et qu'elles se représentent l'une l'autre, en tant que le mandat inhérent à la solidarité peut se concilier avec le caractère accessoire de leur engagement au regard du débiteur principal. Au reste, ce dernier continuant à être obligé en première ligne, les fidéjusseurs peuvent réclamer, outre le bénéfice de discussion, la compensation du chef du débiteur principal (art. 1294, 1°), l'application de

l'art. 2036, plus avantageuse que celle de l'article 1208, et celle de l'article 2037, au cas où la subrogation légale de l'article 1251, 3°, serait devenue impossible par la faute du créancier.

Mais la forme la plus usuelle sous laquelle se manifeste l'emploi du cautionnement est celle du cautionnement solidaire. Dans l'espèce précédente, le cautionnement conserve son caractère prépondérant. Ici, l'influence de la solidarité est beaucoup plus considérable, puisque le bénéfice de discussion disparaît, et la question se pose même de savoir s'il ne convient pas, dans le silence des parties, de lui attribuer un caractère dominant.

Sans entrer dans l'examen de la controverse, nous pensons qu'en laissant à l'opération le nom de cautionnement solidaire, les parties ont entendu associer le cautionnement à la solidarité sans vouloir faire prédominer celle-ci sur celui-là (1).

Il est malaisé d'indiquer sur ce point délicat la tendance jurisprudentielle. La plupart des arrêts nous semblent cependant rendus dans le sens de l'opinion à laquelle nous nous sommes rattachés. Ainsi un grand nombre de décisions reconnaissent à la caution solidaire le droit d'invoquer les art. 2037 et 2038 (C. civ.) (2). Dans le même ordre d'idées, la Cour de cassation a admis que la novation intervenue entre le créancier et la caution solidaire ne libère pas le débiteur principal, tandis qu'elle aurait statué autrement si elle avait considéré la caution comme un véritable codébiteur solidaire (art. 1281, 1°;) (3).

Mais elle a décidé, à l'inverse, que la perte résultant de l'insolvabilité d'une caution solidaire devait être supportée par tous les obligés, même par ceux que le créancier aurait précé-

(1) V. Thisse, *op. cit.*, p. 189 et suiv.

(2) Cass., 5 janv. 1888 (D. 1888-1-36).

(3) Cass., 18 juillet 1866 (D. 1866-1-326).

demment déchargés de la solidarité, conformément à l'art. 1215 C. civ., alors qu'elle aurait dû appliquer le principe de l'art. 2027, particulier au cautionnement, pour rester d'accord avec ses arrêts précédents (1).

Les controverses suscitées par la nature juridique du cautionnement solidaire entraînent souvent le créancier à exiger de la caution un engagement aussi rigoureux que celui d'un codébiteur solidaire pur et simple. Dans ce cas les rapports du créancier avec chacun de ses débiteurs sont régis par les principes généraux de la solidarité, et partant les moyens de défense des art. 1294 § 1 et 2037 ne lui sont pas opposables. Mais il faut rétablir la vérité des choses dans les relations respectives des débiteurs en réglant le recours de la caution d'après le droit commun de la fidéjussion.

Si l'on cherche maintenant à expliquer l'aggravation de la situation des fidéjusseurs, il nous semble qu'il faut y voir un aspect du mouvement qui pousse aujourd'hui toutes les législations à perfectionner leurs systèmes de crédit. La puissance du capital dans les spéculations mercantiles, comme dans les entreprises de la vie civile, est chaque jour plus vivement ressentie. Aussi une loi soucieuse de la prospérité générale doit-elle assurer la circulation du numéraire en conférant aux prêteurs d'argent des garanties promptes et efficaces de restitution. Le législateur du commencement du siècle s'était déjà attaché à réformer notre régime hypothécaire par l'introduction de deux principes fondamentaux, le principe de spécialité et celui de publicité (loi du 12 brumaire an VII, art. 2129-2134 C. civ.). Plus tard le développement de la fortune mobilière, après avoir généralisé l'emploi du nantissement, provoqua deux lois importantes qui eurent pour but d'en simplifier le fonctionnement.

---

(1) Cass., 7 janv. 1882 (D. 1882-1-441).

Mais tandis qu'une intervention législative était indispensable pour renforcer les sûretés réelles, il suffisait de laisser faire les parties pour obtenir un résultat correspondant dans le domaine des garanties personnelles. Si une tradition plusieurs fois séculaire a fait de la solidarité une institution du droit commun commercial, c'est sous la pression du double besoin de crédit et d'exactitude dans les payements, indispensables dans les relations mercantiles. D'importants mouvements de capitaux ayant aujourd'hui lieu dans la vie civile, les mêmes causes sont en voie de produire d'identiques effets. Le cautionnement dépouillé par le libre jeu des contrats de ses complications et de ses lenteurs s'achemine vers la solidarité avec laquelle il tend à se confondre. Les perfectionnements dont les sûretés réelles ont été successivement l'objet précipitent cette évolution. Le créancier préférerait toujours la constitution d'un gage ou d'une hypothèque à l'engagement personnel d'un ou plusieurs répondants si, aux risques d'insolvabilité des cautions, s'ajoutait encore la nécessité de diviser les poursuites et de discuter le débiteur principal. Mais les fidéjusseurs trouvent le moyen de renforcer la garantie qu'ils confèrent en usant de la faculté de renoncer aux bénéfices.

Cette pratique est une des raisons essentielles de la supériorité du crédit commercial et industriel sur le crédit agricole. Par l'usage de la solidarité soit à l'état pur, soit à l'état de cautionnement solidaire, les négociants trouvent avec facilité les capitaux nécessaires à leurs entreprises.

Dans la plupart des cas, les cultivateurs sont réduits à l'affectation hypothécaire, toujours compliquée et onéreuse, pour ne pas dire impossible, quand il s'agit de faire face aux dépenses courantes d'exploitation. D'ailleurs le paysan, le paysan français tout au moins, a beaucoup de peine à comprendre l'aide efficace qu'il trouverait dans la pratique de la solidarité, cette source féconde de crédit. Où le crédit indivi-

duel ne pourrait être obtenu, faute de ressources suffisantes, le crédit collectif serait facilement accordé, parce que le capitaliste aurait pour gage la parole et les biens de tous les mutuellistes.

C'est l'honneur des pays étrangers d'avoir su, les premiers, mettre en œuvre cette vérité évidente. En Écosse et en Suède, des sommes considérables sont avancées tous les ans au public et surtout aux agriculteurs, par de grandes Sociétés financières. Mais la démonstration la plus éclatante des bienfaits de la mutualité a été faite en Allemagne et en Italie, par les banques de crédit populaire et agricole Schulze-Delitzch et Raiffeissen, fondées sur le principe de la responsabilité solidaire et indéfinie de tous les affiliés au regard des créanciers sociaux (1).

Seule, la France continue à ignorer la pratique féconde de la mutualité. A peine peut-on citer quelques expériences isolées, dues à des Syndicats agricoles (2). Le succès de ces initiatives a suggéré au législateur l'idée d'utiliser l'institution récente des Syndicats de propriétaires ruraux, pour en faire les dispensateurs du crédit dans nos campagnes. La loi du 5 novembre 1894 a essayé d'acclimater en France, accommodées toutefois à nos habitudes nationales, les Sociétés de crédit mutuel qui ont donné de si beaux résultats en Allemagne et en Italie. Nous ignorons ce qu'il adviendra de cette tentative, mais nous croyons qu'on peut bien augurer de l'avenir, étant donné le développement dans la vie civile de l'usage de la solidarité, et partant de la mutualité.

---

(1) V. Thisse, *op. cit.*, p. 272 et suiv.

(2) V. Paul Leroy-Beaulieu (*Revue des Deux-Mondes*, 1er nov. et 1er déc. 1893).

CHAPITRE VIII

THÉORIE DE L'ACCESSOIRE

D'après une solution aujourd'hui unanime en doctrine et en jurisprudence, les obligations qui ne sont pas commerciales aux termes des articles 632 et 633 C. com., perdent leur caractère civil lorsqu'elles se rattachent étroitement à une exploitation commerciale. On fonde cette théorie, connue sous le nom de théorie de l'accessoire, sur les dispositions générales des articles 631 et 632, 7° C. com., qui commercialisent tout engagement entre négociants, et surtout sur le texte de l'article 638 C. com., dont les deux alinéas fournissent des arguments décisifs : le second, en décidant que les billets souscrits par un commerçant sont censés faits pour son commerce, si une autre cause n'y est pas énoncée, ce qui indique bien que les engagements pris pour le commerce sont commerciaux ; le premier en soumettant à la compétence des juridictions civiles les actions intentées contre un commerçant pour paiement des denrées et marchandises achetées pour son usage particulier, d'où il suit, par *a contrario*, que l'obligation de l'acheteur serait commerciale si elle avait été souscrite pour les besoins de son commerce.

Sans entrer dans l'énumération des conséquences nombreuses qui ont été déduites de cette théorie, contentons-nous de dire qu'elle s'applique à toutes les obligations dont la nature n'est pas essentiellement civile (opérations immobilières), nées

soit entre commerçants, soit entre un commerçant et un simple particulier, d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit (1). Mais à ce dernier point de vue, la jurisprudence hésite encore à consacrer la théorie de l'accessoire, surtout lorsqu'il s'agit d'accidents de travail survenus à des ouvriers au service d'une entreprise commerciale (2). On ne peut, cependant, invoquer aucune raison sérieuse pour en écarter ici la commercialité. Si l'on décide que l'obligation du patron a un caractère délictuel, elle doit être commerciale comme dérivant d'une faute se rattachant à l'exercice d'un commerce. Si on lui attribue un caractère contractuel, la même solution s'impose, puisque la responsabilité du patron résulte du contrat de louage de services passé avec son ouvrier, et conclu évidemment dans l'intérêt de son commerce.

Ce système est admis par tous les nouveaux Codes étrangers. Cependant, les lois allemandes en restreignent l'application aux contrats et à quelques délits spéciaux (3).

---

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, nos 172, 173, 177 et suiv.

(2) Dans le sens de la non-commercialité, v. Caen, 15 juillet 1884 (S. 1885-2-149) ; — Trib. com. Seine, 14 fév. 1883 (*La Loi*, n° du 28 fév. 1883). — En sens contraire : Rouen, 8 juillet et 9 nov. 1882 (S. 1883-2-240) ; — Paris, 19 mars 1885 (S. 1885-2-112).

Pour l'application de la théorie de l'accessoire aux obligations nées d'un délit ou d'un quasi-délit, il faut que les faits qui servent de base à la demande se rattachent à l'exercice du commerce des deux parties, et qu'ils aient porté atteinte aux intérêts du commerce du demandeur, sans qu'il soit nécessaire qu'ils procèdent de relations commerciales directement engagées entre les parties. — Lyon, 26 déc. 1893 (S. 1895-2-231) ; — Cass., 11 déc. 1895 (S. 1896-1-32), et 20 mai 1896 (S. 1896-1-336).

(3) V. loi belge du 15 déc. 1872, art. 2, dern. al. ; — Code italien, art. 4 ; — Code roumain, art. 4 ; — Code hongrois, art. 260 ; — Code allemand, art. 273, et loi du 26 janv. 1877, art. 101, 3°.

DEUXIÈME PARTIE

DES ACTIONS EN JUSTICE

CHAPITRE PREMIER

ORGANISATION DES TRIBUNAUX DE COMMERCE

En traitant des origines du droit commercial dans les Républiques italiennes, nous avons montré que la création d'une juridiction spéciale chargée de l'application des principes nouveaux fut une des causes les plus puissantes de leur développement. L'introduction en France de la législation mercantile devait avoir pour conséquence nécessaire l'organisation de Tribunaux particuliers capables de juger les procès commerciaux avec plus de compétence, plus de rapidité et moins de frais.

Les grandes foires de Champagne, de Brie et de Lyon, où pénétrèrent tout d'abord les coutumes du négoce ultramontain, connurent aussi les premières une juridiction exceptionnelle, instituée pour la solution des difficultés issues des contrats forains.

Déjà une Ordonnance de Philippe-le-Bel du 7 mars 1294 attribuait aux officiers des foires de Champagne et de Brie le

pouvoir de juger ces contestations. Elle fut sanctionnée et développée par une nouvelle Ordonnance du 6 août 1349, qui créait une Cour des foires composée des gardes des foires et de notables. Pour la ville de Lyon, un Edit de Louis XI du 8 mars 1462 confia la conservation des foires au sénéchal de Lyon ou à son lieutenant, avec mission de statuer sur les litiges relevant de leur compétence « sans long procez et figure de plaids. » Enfin, dans le désir de rendre cette institution plus pratique encore, le pouvoir royal permit, par l'Edit du 24 avril 1464, « aux conseillers, bourgeois, manants et habitants de la ville de Lyon de commettre un prud'homme suffisant et idoine pour régler les contestations entre marchands fréquentant les foires. »

L'établisement de ces juridictions spéciales contenait le germe de la conception moderne des Tribunaux consulaires : pour donner réellement satisfaction aux intérêts du négoce, il ne convenait pas seulement de le mettre en possession d'une juridiction indépendante : il fallait avant tout lui assurer des juges imbus des traditions et des usages commerciaux. Les officiers royaux appelés par les Ordonnances à la garde ou à la conservation des privilèges des foires remplissaient mal cette condition ; sans doute le prud'homme accordé par l'Edit du 24 avril 1464 à la ville de Lyon avait-il plus de compétence, mais, outre qu'il était spécial à cette cité, il présentait le vice originel de n'être pas uniquement l'élu des justiciables. La solution du problème consistait à confier aux marchands eux-mêmes la nomination de leurs juges. Après une tentative malheureuse d'organisation de l'arbitrage forcé par un Edit d'août 1560, fut promulgué le fameux Edit de Charles IX du mois de novembre 1563, qui établissait pour la ville de Paris des juges de commerce permanents, sous le nom de juges et consuls des marchands. A cet effet, l'Edit instituait une juridiction composée de cinq membres, un président ou juge des

marchands et quatre consuls, élus pour un an par une assemblée de cent bourgeois notables de la ville de Paris, convoqués par le prévôt et les échevins. Le renouvellement de ce Tribunal était assuré par un mode d'élection différent : le juge et les quatre consuls devaient, trois jours avant de sortir de charge, dresser une liste de soixante marchands bourgeois de la ville de Paris, qui élisaient à leur tour trente d'entre eux, lesquels, se joignant au juge et aux quatre consuls en fonction, choisissaient les cinq nouveaux membres du Tribunal de commerce.

L'Édit de 1563 complétait cette institution, en organisant une procédure rapide et économique : les ajournements devaient être libellés, et les parties étaient astreintes à comparaître en personne sur la première assignation ; il leur était interdit de se faire représenter, sauf le cas d'empêchement légitime ; leurs témoins étaient entendus sommairement, et l'affaire jugée sur-le-champ. Enfin, l'article 7 de l'Ordonnance défendait aux juges d'accepter des épices, sous peine de concussion.

Cette création, un des titres de gloire du chancelier de l'Hospital, fut successivement étendue à un grand nombre de villes du royaume. L'Ordonnance de Blois de 1579 dut même supprimer une partie des sièges de juges-consuls, pour ne les maintenir que dans les villes vraiment industrielles et commerçantes. Des déclarations de 1565 et de 1610, qui eurent pour but de mettre un terme aux conflits incessants des consuls des marchands et des magistrats ordinaires, vinrent compléter l'œuvre des Ordonnances de 1563 et de 1579. Enfin l'Ordonnance de 1673 donna l'unité aux Tribunaux de commerce, en déclarant « communs pour tous les sièges de juges et consuls, l'édit de leur établissement dans la bonne ville de Paris du mois de novembre 1563, et tous les autres édits et déclarations touchant la juridiction consulaire » (art. 1[er]). Elle maintenait,

il est vrai, la compétence des juges conservateurs des privilèges des foires (art. 8); mais les juges et consuls des marchands continuèrent à fonctionner dans les villes les plus importantes et se multiplièrent avec le temps. Au commencement du XVIII[e] siècle, on comptait quarante et une juridictions consulaires dans le royaume ; un Édit de mars 1710 en porta le nombre à soixante et une, et à la veille de la Révolution, il n'y avait pas moins en France de soixante-dix-sept consulats (1).

Le législateur de l'époque intermédiaire laissa subsister ces juridictions spéciales (décret du 27 mai 1790). La loi d'organisation judiciaire des 16-24 août 1790 (titre XII) décida même qu'il serait établi un Tribunal de commerce dans les villes où l'administration du département en ferait la demande ; de plus elle augmenta la compétence de ces Tribunaux, en leur attribuant la connaissance des affaires du commerce de mer, qui appartenait, dans notre ancien droit, à la juridiction des amirautés. La loi des 16-24 août 1790 maintenait en l'élargissant le principe électif de la magistrature consulaire : les juges étaient élus par tous les commerçants et capitaines de navire du ressort du Tribunal à nommer. Mais, depuis le commencement du siècle, la composition du corps électoral de la juridiction commerciale a subi avec les divers régimes politiques qui se sont succédé en France, des vicissitudes nombreuses dont nous ne pouvons retracer les phases dans ce travail. Nous nous contenterons de rappeler que le législateur est revenu à la pratique du suffrage universel avec la loi du 8 décembre 1883, actuellement en vigueur.

Sans insister sur les détails de l'organisation nouvelle des

---

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, p. 305 et suiv. ; — Glasson, *Les juges et consuls des marchands* (*Nouv. Rev. hist. de droit franç. et étr.*, 1897).

Tribunaux de commerce, il est facile de dégager l'esprit qui a présidé à leur création. Le législateur s'est attaché à composer ces corps judiciaires uniquement de professionnels du négoce, pouvant apporter à l'examen des affaires de leur compétence des connaissances techniques et pratiques impossibles à demander même aux magistrats de carrière les plus expérimentés. Pour assurer l'indépendance des juges consulaires, pour leur permettre surtout de s'inspirer dans leurs décisions de considérations d'utilité commerciale, plutôt que de principes rigoureusement théoriques, la loi a voulu éviter de placer à côté d'eux aucun représentant de la science du droit, qui aurait pu les embarrasser de ses scrupules de juriste.

a) CRITIQUE DES JURIDICTIONS COMMERCIALES

Que vaut dans l'Etat moderne une semblable institution ? Malgré leur incontestable aptitude à trancher les procès dont ils sont saisis, l'utilité des Tribunaux de commerce a été souvent mise en doute. L'existence d'une juridiction particulière au négoce semble s'expliquer surtout par des raisons historiques, complètement surannées aujourd'hui. Ce système, naturel, nécessaire même, à une époque où chaque unité sociale détenait une parcelle de la souveraineté, n'est plus maintenant qu'un anachronisme impossible à justifier. Il est inadmissible que les commerçants continuent à former un petit État conservant ses privilèges dans notre grand Etat démocratique, où tous les citoyens, soumis au même droit, sont justiciables des mêmes Tribunaux.

Cette conception d'un autre âge constitue une choquante anomalie dans un temps où les relations mercantiles prennent chaque jour une extension nouvelle, et où les spéculations du négoce deviennent accessibles à tous. Les simples particuliers

sont très souvent appelés à plaider devant les Tribunaux consulaires, soit comme créanciers d'un marchand, soit comme auteurs d'actes accidentels de commerce. Est-il équitable et rationnel qu'ils soient jugés par des magistrats à la nomination desquels la loi ne leur donne aucune part ?

Si l'on consacre l'élection des magistrats commerciaux par les justiciables comme un des principes fondamentaux de l'organisation actuelle des juridictions, il faudrait, pour être logique, donner aux élus l'investiture d'un suffrage vraiment universel en conférant le droit de vote à tous les citoyens inscrits sur les listes électorales. Le législateur de 1883 a eu raison assurément de reculer devant une pareille conséquence ; mais cette considération suffit déjà à démontrer l'incompatibilité de l'institution en vigueur avec les idées de notre temps (1).

On peut aussi observer que le fonctionnement d'une juridiction particulière pour une profession déterminée est d'un exemple dangereux. L'avènement de la grande industrie qui, depuis un demi-siècle, a complètement bouleversé les conditions de la vie, a provoqué le réveil de l'esprit corporatif en poussant les producteurs à se concerter et à s'unir pour la défense de leurs intérêts menacés par une concurrence économique chaque jour plus âpre et plus redoutable. Quand ces groupements professionnels, prenant conscience de leur force, réclameront l'institution d'une juridiction arbitrale analogue à celle que possèdent les commerçants, il sera difficile à l'Etat de repousser leurs revendications sans encourir le reproche de refuser à certaines catégories de citoyens les prérogatives qu'il accorde à une autre. Ainsi la société moderne peut se trouver exposée à reculer, sous prétexte d'égalité, à l'époque

(1) V. Thaller, *De l'avenir des Tribunaux de commerce* (*Annales de Droit commercial*, 1889, p. 200 et suiv.).

des corporations et des castes. Il y a là une tendance fâcheuse à dénoncer, un péril à signaler au moins à titre préventif, qui démontre l'urgence d'un retour pur et simple à l'application du droit commun (1).

L'évolution des législations étrangères indique que cette solution sera celle de l'avenir. Sans parler de la Grande-Bretagne, où l'on n'a jamais voulu accorder au commerce la création d'un Tribunal indépendant (2), presque tous les pays européens qui pratiquaient, à l'exemple de la France, le système de la dualité de juridictions, sont revenus à l'unité par la suppression de leurs justices consulaires. C'est la Hollande qui a donné le signal de leur abolition, en éliminant de son organisation judiciaire les Tribunaux de commerce introduits par la conquête française (loi du 16 avril 1827). Elle a été suivie dans cette voie par l'Espagne (loi du 6 décembre 1868), et, enfin, par l'Italie, où pourtant les juridictions commerciales étaient nées, et d'où elles s'étaient répandues dans le reste de l'Europe (loi du 25 janvier 1888) (3).

---

(1) Ainsi, MM. Cluseret et Michelin ont déposé dernièrement sur les bureaux de la Chambre une proposition de loi ayant pour but la création de tribunaux cantonaux d'agriculture, dont les juges seraient des agriculteurs élus (*Journ. Off.*, p. 170, annexe 2,214, année 1897).

Le 2 juin 1887, la Chambre était saisie d'un projet tendant à la création de prud'hommes commerciaux distincts des prud'hommes industriels pour la solution des litiges concernant les contrats de louage des employés de commerce de toutes sortes, tels que : commis, commis-voyageurs, comptables, caissiers, etc. (Ch., *Doc.*, 1887, p. 798).

(2) Le Gouvernement anglais s'est contenté de créer une Cour spéciale uniquement chargée de connaître des litiges commerciaux (*Annales de Droit commercial*, 1895, p. 204).

(3) V. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, nos 331 et suiv. — La loi du 27 mars 1883, qui a organisé la justice française en Tunisie, n'y a pas créé de Tribunaux de commerce. Ses articles 2 et 3 ont déféré

La théorie de l'unité de juridiction domine aussi dans la Confédération helvétique, où, à part le canton de Genève, en possession d'un Tribunal composé exclusivement de commerçants choisis par le Grand Conseil, et les juridictions mixtes de Fribourg et de Zurich, les autres cantons n'ont pas de Tribunaux de commerce (1). Elle prévaut dans les pays scandinaves, la Norwège et le Danemark n'ayant que des Tribunaux maritimes (2). Elle l'a, enfin, emporté dans l'Empire allemand, lors de la discussion du Code d'organisation judiciaire, promulgué le 1er octobre 1879, malgré la vive opposition des partisans du système français. Toutefois, le Gouvernement a été autorisé, à titre transactionnel, à organiser auprès du Tribunal civil, dans toutes les places importantes, une Chambre chargée des affaires commerciales, présidée par un magistrat de profession, assisté de deux assesseurs négociants (3).

En réalisant cette réforme, les diverses législations que nous venons d'énumérer ne se sont pas laissé guider uniquement par des vues de simplification théorique : elles ont surtout obéi à des nécessités pratiques. Pourtant les considérations de cet ordre paraissent éminemment favorables aux justices commerciales, et l'on semble émettre une idée para-

---

les affaires d'ordre commercial au Tribunal civil et aux juges de paix (*La Justice française en Tunisie*, G. Sorbier de Pougnadoresse, Thèse Montpellier, 1897, p. 45).

(1) V. Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*

(2) Un congrès des jurisconsultes scandinaves tenu à Christiania en 1878, s'est montré peu favorable à l'idée d'établir des tribunaux spéciaux pour toutes les affaires commerciales ; il a été dit dans la discussion que la juridiction consulaire ne se défend que par des considérations historiques dénuées de valeur aujourd'hui (*Bulletin de la Société de législation comparée*, 1879, p. 454 et suiv.).

(3) Nessi, *Les Tribunaux de commerce allemands* (*Annales de Droit commercial*, 1895, p. 215).

doxale en avançant que les avantages pratiques des tribunaux consulaires sont plus apparents que réels ; mais c'est cette conclusion qui se dégage, à notre avis, de l'examen impartial des faits.

Les partisans des juridictions commerciales invoquent en leur faveur les aptitudes spéciales des membres qui les composent, la rapidité de la procédure suivie devant elles, et la modicité relative des frais qu'elle entraîne (1). Ils affirment tout d'abord que les magistrats consulaires sont mieux qualifiés que tous autres pour connaître des procès où les questions techniques et les usages commerciaux ont souvent une importance décisive. Cet argument, très puissant à l'époque où le droit commercial avait encore un caractère coutumier, a perdu aujourd'hui une grande partie de sa valeur. Le travail de codification entrepris depuis le commencement du siècle a mis les magistrats de profession en état de connaître les règles juridiques du négoce aussi bien et même mieux que les commerçants. La célérité croissante des communications, l'influence du grand commerce et de la grande industrie entraînent de place en place l'unification des usages commerciaux. Aussi, les cas où des difficultés sérieuses peuvent se présenter sur le sens d'une convention vont-ils sans cesse en diminuant ; et dans les hypothèses où elles apparaissent encore, le tribunal de droit commun a un moyen commode de les élucider en exigeant des parties une consultation de chambre syndicale, ou un parère de chambre de commerce. Quant aux questions techniques soulevées devant les tribunaux consulaires, elles donnent lieu le plus souvent à expertise ou à renvoi devant

---

(1) Bravard, *Traité de Droit commercial*, t. VI, p. 220 et suiv. — Cet auteur reconnaît d'ailleurs plus loin (p. 247) que l'institution des Tribunaux mixtes vaudrait mieux.

arbitre-rapporteur (1). On aurait tort, après cela, de proclamer trop hautement la supériorité des magistrats commerciaux en ce qui concerne l'appréciation des éléments de fait dans les affaires de leur compétence.

Si leur supériorité est douteuse à ce point de vue, leur insuffisance est certaine pour tout ce qui touche à la mise en œuvre de principes juridiques, à l'intelligence exacte des lois. Par suite de l'extension continue des frontières du droit commercial, cette branche de la législation est actuellement une des parties les plus ardues de la jurisprudence, dont il est impossible de faire une saine application quand on n'a pour guide que ses lumières naturelles et ses sentiments d'équité. Les procès les plus délicats peut-être au point de vue juridique, ceux qui ont trait aux faillites, aux nullités ou liquidations de sociétés, sont de la compétence des tribunaux de commerce, où il n'existe aucun représentant de la science du droit pour indiquer aux juges dans quel sens la loi prononce. C'est pourquoi il ne faut pas s'étonner de la tendance des tribunaux de commerce à faire non du droit, mais de l'équité, et partant de l'arbitraire. « Ce sont eux, écrit M. Thaller, qui ont imaginé les liquidations judiciaires à côté des faillites, qui ont cru possible d'accorder des délais aux débiteurs d'effets de commerce, ou encore qui ont permis aux créanciers d'un fonds de commerce de le poursuivre entre les mains de l'acheteur (2) ».

L'organisation judiciaire en vigueur suffirait d'ailleurs à elle seule à faire justice du premier argument par lequel on

---

(1) Cette façon de procéder a même donné lieu à de véritables abus, l'instruction directe étant l'exception, le renvoi devant arbitres la règle dans la pratique de certains tribunaux, et spécialement dans celle du Tribunal de commerce de la Seine. — V. à ce sujet, Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I[er], n° 465.

(2) Thaller, *loc. cit.*, p. 207.

défend l'institution des tribunaux consulaires : en confiant, dans un grand nombre d'arrondissements, la solution des différends du négoce aux tribunaux civils, comme en n'instituant pas de Cours d'appel commerciales, le législateur n'a-t-il pas implicitement reconnu que les magistrats de carrière sont aussi aptes que les autres à juger les procès commerciaux (1) ?

On insiste sur la célérité des instances commerciales et sur la modicité relative des frais qu'elles entraînent. Mais de perpétuels conflits de compétence rendent souvent illusoires les avantages si vantés de rapidité et d'économie de la procédure devant les Tribunaux consulaires. L'exception d'incompétence est une institution précieuse pour la chicane en l'absence d'un critérium certain de la commercialité. Elle retarde la solution d'un grand nombre d'instances et en augmente les frais. A ce mal, nous ne voyons d'autre remède que l'unification des juridictions. Mais, sous le bénéfice de cette réserve, nous reconnaîtrons volontiers que la procédure commerciale est moins coûteuse que la procédure civile, puisqu'elle n'exige ni conclusions ni ministère d'avoué. En faisant cette observation, nous indiquons la véritable raison d'être des Tribunaux de commerce. Mais cet avantage n'est pas inhérent à leur institution ; il disparaîtra le jour où l'on se décidera à simplifier sérieusement la procédure ordinaire.

Tant qu'aucune initiative ne sera prise en ce dernier sens,

---

(1) La Chambre des Députés a été saisie par MM. Félix Faure et autres, le 29 décembre 1885, d'une proposition de loi tendant à la création de Cours d'appel commerciales, qui seraient composées d'un magistrat-président et de deux commerçants (V. *Revue critique de législation,* 1887, p. 266 et suiv. : *Quelques réflexions à propos du projet de loi sur les Cours d'appel commerciales,* par M. Francis Cambuzat). L'auteur s'élève contre ce projet, dont l'adoption eût introduit dans notre organisation judiciaire une nouvelle complication, qu'aucun avantage n'aurait compensée.

la question de la suppression des Tribunaux de commerce ne sera pas d'actualité. On ne pourra qu'agiter celle de leur amélioration. Il est regrettable, en effet, qu'en l'état actuel de la science et des besoins de la pratique, l'élément judiciaire ne soit pas représenté à côté de l'élément commerçant. Les lois commerciales présentent de nombreuses difficultés d'interprétation juridique, sur lesquelles un juriste seul pourrait éclairer le Tribunal. Pourquoi donc ne pas adjoindre un magistrat de profession aux juridictions consulaires? On a proposé quelquefois d'y introduire un représentant du ministère public (1). Mais cette idée n'a pas fait fortune, parce qu'il serait trop facile au Tribunal de négliger ses conclusions. La réforme qui, pour le moment, nous paraîtrait la plus heureuse, serait l'adoption du système transactionnel qui fonctionne avec succès en Allemagne : un Tribunal présidé par un juriste assisté de deux assesseurs commerçants (2).

---

(1) Nouguier, *Des Tribunaux de Commerce*, t. I^er^, p. 397 ; — Demangeat sur Bravard, t. VI, p. 344 et suiv. ; — Paringault, *Revue pratique de Droit français*, t. VIII, p. 433 et suiv.

(2) V. dans le sens de notre conclusion : Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, n° 330. — Ce système tend actuellement à se généraliser. En Grande-Bretagne, où la juridiction commerciale n'existe pas, les commerçants peuvent réclamer la convocation d'un jury spécial lorsqu'on soulève une question de fait (Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, n° 331). — « Dans les affaires commerciales, dit l'article 2 du règlement organique égyptien, le tribunal s'adjoindra deux négociants, un indigène et un étranger, ayant voix délibérative et choisis par voie d'élection. » (Simaïka, *Compétence des Tribunaux mixtes d'Egypte en matière civile et commerciale*, Thèse 1892). — En Tunisie, où la loi du 27 mars 1883 n'a pas organisé de tribunaux de commerce, la Conférence consultative, saisie d'un vœu tendant à la création d'une justice consulaire, s'est prononcée pour la création d'un tribunal composé de deux commerçants élus comme juges, sous la

Quelque opinion que l'on professe sur leur utilité, il était intéressant d'indiquer le mouvement qui emporte les législations européennes vers la réforme ou la suppression des Tribunaux consulaires. C'est là un indice des plus significatifs de la tendance à l'unification du droit privé. Le juge, imprégné dès l'origine de l'esprit du droit commercial, sera plus facilement disposé à en étendre les théories aux matières civiles par argument d'analogie. Les controverses civiles et commerciales étant ainsi résolues à l'aide d'un même critérium, le droit privé connaîtra l'unité de jurisprudence qui préparera les voies à l'unité législative.

---

présidence d'un magistrat de carrière (Séance du 3 mai 1897). [V, de Pougnadoresse, *loc. cit.*, p. 46.]

Dans les petites colonies, les affaires commerciales sont jugées par des tribunaux civils qui, à Nouméa et à Taïti, sont complétés par deux assesseurs choisis pour un an par le gouverneur, sur une liste de candidats désignés par les commerçants (Rougier, *Précis de législation coloniale*). — Ce système de tribunaux mixtes fonctionne d'ailleurs avec succès, au point de vue pénal, en Allemagne et dans la plupart des colonies françaises. En Allemagne, les tribunaux d'échevins composés du juge du bailliage et de deux échevins tirés au sort sur les listes dressées par l'administration municipale, connaissent de toutes les contraventions et des délits punis au maximum d'un emprisonnement de trois mois ou d'une amende de 600 marks (Cruppi, *La Cour d'assises*).

En Tunisie, la loi de 1883 a organisé un tribunal criminel dans lequel des assesseurs, tirés au sort comme nos jurés, viennent s'adjoindre aux magistrats correctionnels et délibérer avec eux. Un système analogue est institué dans l'Inde française, la Nouvelle-Calédonie, le Sénégal, la Guyane, le Tonkin et Madagascar (V. de Pougnadoresse, *op. cit.*, p. 59 et 60 ; — *Revue algérienne, tunisienne et coloniale*, 1896, 3e partie, p. 166, et 1897, 1re partie, p. 1).

CHAPITRE II

COMPÉTENCE

a) Compétence ratione materiæ. — Pendant que la plupart des législations étrangères se prononçaient contre l'institution des Tribunaux de commerce, notre jurisprudence travaillait de son côté à en restreindre la compétence dans les plus étroites limites. Malgré l'opposition presque unanime de la doctrine, les Tribunaux civils d'arrondissement sont arrivés, en effet, à empiéter dans une certaine mesure sur la sphère d'attributions des Tribunaux consulaires.

Par application du principe qui investit le Tribunal civil de la plénitude de juridiction, une jurisprudence fortement établie décide que les plaideurs peuvent proroger sa compétence en le faisant juge de procès normalement dévolus aux Tribunaux de commerce. Tandis que ces derniers sont atteints d'une incompétence absolue *ratione materiæ* à l'égard des affaires civiles, les Tribunaux ordinaires ne sont frappés que d'une incompétence relative (*ratione personæ*) en ce qui concerne les litiges commerciaux (1).

La pluplart des auteurs s'élèvent contre ce système (2). Si la doctrine qu'ils professent reconnait aux Tribunaux ordinai-

---

(1) V. Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure,* t. I[er], n° 154.

(2) Rodière, t. I[er], pp. 43 et 127.

res la plénitude de juridiction, conformément à la maxime traditionnelle reçue dans le droit français, elle est loin d'attribuer à cette formule la signification et la portée qu'on lui accorde en jurisprudence. L'incompétence des Tribunaux civils en matière commerciale ne serait pas simplement relative, elle aurait encore un caractère absolu. Permettre au Tribunal de droit commun de statuer quand le défendeur ne s'est pas prévalu de son incompétence en demandant, *in limine litis*, son renvoi devant le Tribunal de commerce, serait violer l'ordre des juridictions. Qu'on le remarque en effet : les parties ne peuvent couvrir l'incompétence d'un Tribunal par leur consentement soit exprès, soit tacite, que si la juridiction compétente a été instituée dans leur intérêt particulier. Or, c'est précisément dans des vues d'ordre public, afin que les affaires commerciales fussent jugées par les plus aptes à les résoudre, que le législateur a organisé des Tribunaux spéciaux. D'où il suit qu'un Tribunal civil saisi d'un procès commercial doit se dessaisir d'office quand le défendeur ne fait valoir aucune exception d'incompétence, et que s'il manque à ce devoir, cette exception peut être opposée en tout état de cause, et même pour la première fois en appel.

Toute cette argumentation ne nous semble pas décisive. Deux considérations très puissantes nous paraissent, au contraire, démontrer que l'incompétence des Tribunaux civils en matière commerciale a un caractère purement relatif, et que les parties peuvent renoncer à l'invoquer, soit expressément, soit tacitement, en manquant de l'opposer avant toutes autres exceptions ou défenses (art. 169 C. pr. civ.). Il est tout d'abord peu conforme au véritable esprit de la loi de considérer le Tribunal civil comme atteint d'une incompétence d'ordre public à l'égard des litiges commerciaux, puisqu'il en est saisi dans les arrondissements où il n'existe pas de Tribunal de commerce. L'institution d'une juridiction spéciale pour les contestations de

cet ordre s'explique donc moins par le défaut d'aptitude des Tribunaux ordinaires à en connaître que par le désir de procurer aux plaideurs une justice prompte et expéditive. Partant, il est loisible à ceux-ci de renoncer à une situation particulière établie dans leur seul intérêt. Leur refuser ce droit serait exagérer, contrairement aux besoins les plus évidents de la pratique, les inconvénients qui résultent de la coexistence d'une double juridiction. Si le Tribunal civil est incompétent « *ratione materiæ* » en ce qui concerne les affaires attribuées à une juridiction d'exception, cette incompétence pouvant être opposée en tout état de cause, au moment même où le jugement est sur le point d'être rendu, les parties sont exposées à perdre le bénéfice d'une procédure tout entière, et à se voir forcées de recommencer l'instance sur de nouveaux frais et avec de nouvelles lenteurs. N'est-il pas, en définitive, plus simple et plus en harmonie avec les nécessités commerciales de décider que les plaideurs ont prorogé la juridiction du Tribunal civil quand ils ont conclu au fond sans demander leur renvoi devant le Tribunal de commerce ?

Dans l'hypothèse où l'opération est commerciale pour les deux intéressés, il faut, aux termes de la jurisprudence que nous venons d'exposer, leur consentement présumé ou formel pour que le Tribunal de commerce cesse d'être compétent. Mais la volonté du demandeur suffit pour en éluder la compétence, quand l'acte civil de son côté est commercial pour son adversaire. En matière d'actes mixtes, la jurisprudence française décide, en effet, que le plaideur pour lequel le procès est commercial ne peut citer la partie pour laquelle il est civil que devant le Tribunal civil, tandis qu'inversement cette dernière peut saisir à son choix, soit le Tribunal civil, soit le Tribunal de commerce. On fait valoir en faveur de ce système que cette solution est traditionnelle dans notre droit, où elle était déjà consacrée par l'Ordonnance de 1673 (titre XII, art. 10), et que

le plaideur pour lequel l'opération n'est pas commerciale ne doit pas être distrait de ses juges naturels.

Ces considérations, qui servent à justifier un nouvel empiètement des juridictions ordinaires, sont en réalité peu probantes. A défaut d'un texte reproduisant la disposition de l'Ordonnance, il est arbitraire d'assurer à une partie plutôt qu'à l'autre la compétence de ses juges naturels, et contraire aux principes généraux du droit de ne pas se placer au point de vue du défendeur pour déterminer le Tribunal devant lequel doit être engagée la poursuite. Le système le plus équitable est celui de la jurisprudence et de la loi belges pour qui le Tribunal compétent est le Tribunal civil ou le Tribunal de commerce selon que le défendeur est la personne pour laquelle l'acte litigieux est civil ou commercial (1).

b) Compétence ratione personæ. — 1° *Article 420 C. proc. civile.* — Si la jurisprudence restreint la compétence *ratione materiæ* des Tribunaux de commerce, la loi augmente, au contraire, leur compétence relative ou *ratione personæ*. En cette matière, le principe général de la procédure civile ou commerciale est que toute demande en justice doit être portée devant le Tribunal du domicile du défendeur. Mais ce qui est particulier aux contestations d'ordre commercial, c'est que ce Tribunal n'est pas le seul compétent, et qu'à propos d'une action personnelle ou réelle mobilière, deux autres Tribunaux peuvent être valablement saisis. L'article 420 C. pr. civ. détermine en effet comme il suit la compétence *ratione personæ* des tribunaux de commerce : « Le demandeur pourra assigner à son choix devant le Tribunal du domicile du défendeur, devant celui dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée, devant celui dans l'arrondissement duquel le paiement

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I[er], n° 361.

devait être effectué ». En donnant au demandeur l'option entre ces trois Tribunaux, la loi a voulu lui permettre d'intenter son action devant le plus proche pour arriver plus rapidement à la solution du procès.

Mais en tant qu'attributive d'une double compétence particulière, la disposition de l'article 420 constitue une règle toute de faveur qui doit être interprétée d'une façon restrictive. Edictée pour les matières commerciales, il est impossible, à raison de son caractère exceptionnel, de l'étendre aux affaires civiles, pour lesquelles le seul Tribunal compétent reste en thèse générale celui du ressort où le défendeur se trouve domicilié, ou bien celui de sa résidence à défaut de domicile connu.

Il faut pourtant reconnaître que cette règle absolue n'est pas sans inconvénients. Bien que l'ancienne maxime : *Actor sequitur forum rei*, continue à se justifier par de puissantes considérations de droit et d'équité, il est des cas où elle contrarie les besoins de la pratique, et où son insuffisance apparaît d'une façon manifeste. Dans de fréquentes hypothèses, on pourrait, sans porter atteinte aux prérogatives de la défense, autoriser le demandeur à assigner son adversaire devant un tribunal plus rapproché que celui du domicile de ce dernier, par exemple devant celui du lieu où il est venu résider. N'est-il pas en effet d'évidence que le défendeur plaiderait plus commodément dans l'arrondissement où il réside depuis longtemps que dans celui où il possède son domicile (1) ? Malgré les avantages qui pourraient résulter d'une telle solution, la rigueur des principes condamne cette théorie. Cependant la jurisprudence apporte quelquefois à notre conséquence logique un tempérament d'équité, en admettant que le défendeur en matière per-

(1) Garsonnet, *op. cit.*, t. I[er], n° 168.

sonnelle est valablement cité devant le tribunal de sa résidence, quand celle-ci présente un caractère de fixité suffisante pour avoir tout au moins l'apparence du domicile. Un certain nombre d'arrêts, évidemment inspirés par les exigences du commerce et l'esprit de l'article 420 du Code de procédure civile, admettent qu'un marchand peut réclamer le paiement du prix de fournitures faites au défendeur pour son entretien en dehors du lieu de son domicile réel. La Cour de Paris justifie ce système par la raison « qu'un fournisseur d'objets à l'usage personnel ou domestique ne peut connaître d'autre domicile de l'acheteur que celui du lieu où il a livré sa marchandise » (1), opinion à laquelle s'est rattachée la Cour de cassation en déclarant, à diverses reprises, que l'action en paiement de fournitures est compétemment portée par le vendeur devant le Tribunal du lieu de la livraison, lorsque son client avait en ce lieu son domicile apparent (2).

Un parti dans la doctrine n'hésite même pas à appliquer, « *in terminis* », l'art. 420 C. pr. civ., dans l'hypothèse où le défendeur n'ayant pas de domicile connu, n'a pas davantage de résidence fixe à raison de sa profession (colporteur, marchand forain, comédien ambulant, etc.). M. Rodière (3) enseigne, en effet, que ces personnes doivent être assignées devant le Tribunal du ressort où l'engagement qui donne naissance au procès a été souscrit et exécuté, conformément aux dispositions de l'art. 420. Respectueux des principes, nous devons condamner toute tentative directe ou indirecte d'extension à la procédure civile, d'un texte exceptionnel, écrit pour les matières commerciales. Mais ces tentatives elles-mêmes, provoquées

---

(1) Paris, 2 juillet 1830 (D. A., v° *Compétence civile des tribunaux d'arrondissement*).

(2) V. notamment : Cass., 7 juillet 1885 (D. 1887-1-12).

(3) T. I[er], p. 93.

par les nécessités de la pratique, démontrent qu'il y aurait intérêt à généraliser l'art. 420, et à rendre les compétences spéciales qu'il indique, applicables sans distinction aux juridictions civiles et commerciales. Plusieurs législations étrangères ont déjà réalisé cette réforme en déclarant communes aux deux procédures les règles qui correspondent à notre art. 420. Ainsi, la loi belge du 25 mars 1876, art. 42, admet qu'en matière mobilière l'action peut être portée non seulement devant le juge du domicile ou du lieu de la résidence du défendeur, mais aussi devant le juge du lieu où l'obligation est née ou dans lequel elle doit être exécutée (1). En France, le projet de révision du Code de procédure civile accorde dans certains cas au demandeur la faculté de saisir une juridiction plus voisine que celle du domicile du défendeur. Le texte qui prendrait la place de l'art. 59 actuel stipule en effet que « si le défendeur n'a ni domicile, ni résidence connus en France, il est assigné devant le juge du lieu fixé pour l'exécution de la convention ; à défaut, devant celui du lieu où l'obligation a pris naissance ». Quant aux actions résultant de délits ou quasi-délits, elles « peuvent être portées devant le juge du lieu où le fait qui donne naissance à l'action est survenu » [même article] (2).

2° *Contestations entre étrangers.* — Il est universellement admis en jurisprudence et en doctrine que les dispositions de l'art. 420 C. pr. civ. sont applicables aux différends commerciaux survenus entre étrangers. On explique ce résultat en argumentant des termes généraux de ce texte, qui attribue juridiction à nos Tribunaux consulaires sans faire acception de personnes (3). Cette décision apporte un tempérament à la

(1) V. aussi art. 91 C. pr. italien et art. 29 C. pr. allemand.

(2) Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, t. I^er^, n° 396.

(3) Garsonnet, *op. cit.*, t. I^er^, § 151.

pratique ordinaire, dont les principes refusent compétence aux Tribunaux français pour juger les contestations entre étrangers non autorisés à établir leur domicile en France, ou que ne protège pas un traité diplomatique (1). Mais une pareille théorie, déjà difficile à admettre pour les procès civils, allait trop directement contre nos intérêts pour prévaloir aussi en matière commerciale. On aurait écarté les étrangers de notre marché intérieur, si on ne les avait assurés que nos Tribunaux consulaires leur rendraient justice malgré leur nationalité.

Il est cependant contradictoire d'autoriser les étrangers à plaider en France, si le litige est commercial, et de leur interdire l'accès de nos Tribunaux lorsqu'il s'agit d'un procès civil. Sans insister sur l'étrangeté de cette distinction, il est permis de se demander si la jurisprudence qui la consacre obéit, dans le silence des textes, au véritable esprit de nos lois. La règle sur laquelle elle se fonde serait une conséquence rigoureuse de ce principe que « le droit de rendre la justice étant un des apanages de la souveraineté, celui de la réclamer et de l'obtenir est un des avantages que le sujet et le citoyen seuls peu-

---

(1) Ainsi le traité franco-suisse du 15 juin 1869 autorise les citoyens de la Confédération helvétique à plaider en France « sans que les juges puissent refuser de juger et se déclarer incompétents à raison de l'extranéité des parties contractantes » (art. 2). — Certaines décisions judiciaires : Trib. commerce de Saint-Etienne, 20 juillet 1886; Trib. commerce de la Seine, 29 mars 1888 ; *le Droit* du 11 avril 1888, ont également interprété l'article 11 du Traité de Francfort du 10 mai 1871 conclu entre la France et l'Allemagne, comme établissant une prérogative semblable en faveur des sujets allemands, sous prétexte que cette disposition les admet au bénéfice du traitement des sujets de la nation la plus favorisée. Ces solutions nous paraissent consacrer une extension abusive aux matières juridiques d'une clause d'un ordre purement économique (V. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I^er^, § 409).

vent exiger du souverain » (1). Toutefois si le législateur ne confère aux Tribunaux français aucune attribution de juridiction pour trancher les différends entre étrangers, il ne leur interdit pas d'en connaître ; bien plus, il le leur ordonne quelquefois par une disposition implicite ou expresse. Ainsi les Tribunaux français reçoivent directement compétence au profit des étrangers admis légalement au domicile, ou investis de la faculté d'ester en justice dans notre pays par un traité diplomatique ; en outre, certains textes obligent nos juridictions à statuer quelle que soit la qualité des parties en cause, dans les actions immobilières, réelles ou mixtes (art. 3, 2° C. civ.), dans toutes les hypothèses où l'ordre public est intéressé 3, 1°), et enfin, nous l'avons vu, dans les litiges commerciaux (art. 420 C. pr. civ.). Il semble bien que la compétence des Tribunaux français à l'égard des étrangers devrait s'arrêter à ces cas exceptionnels ; mais la jurisprudence complète son système en décidant qu'ils peuvent retenir la matière, si les parties se sont soumises d'avance à leur juridiction, ou si elles comparaissent volontairement devant eux (2).

Toute cette théorie se rattache à la doctrine plus générale qui entend l'art. 11 du Code civil, en ce sens qu'il accorde seulement aux étrangers la jouissance des droits à eux conférés par la loi en termes formels, ou d'une manière implicite. On en conclut naturellement que dans le silence du Code, les étrangers ne peuvent plaider devant les Tribunaux français. Cependant comme cette prohibition rigoureuse entraînerait des conséquences pratiquement inadmissibles, on la corrige et l'adoucit en décidant que l'incompétence de nos juridictions est purement relative. Mais cette concession faite aux exigen-

(1) Féraud-Giraud (*Journal de Droit international privé*, 1880, p. 144).

(2) Féraud-Giraud, *loc. cit.*, p. 145.

ces de la pratique, dissimule mal un grave défaut de logique : si les étrangers ne peuvent réclamer que les droits à eux reconnus par la loi française, comment arrivent-ils à se donner eux-mêmes la faculté d'ester en justice sur notre territoire, faculté dont, sauf exception, la loi ne les a pas investis? En admettant l'exactitude du point de départ de notre jurisprudence, la vérité des principes devrait conduire à frapper nos Tribunaux d'une incompétence absolue à l'égard des contestations qui s'élèvent entre étrangers (1). En dépit de son manque d'élégance, le système jurisprudentiel serait peut-être acceptable, s'il n'aboutissait parfois à des solutions désastreuses, surtout pour les étrangers domiciliés de fait ou résidant en France depuis un temps plus ou moins long. Lorsque le défendeur a accepté le débat sans se prévaloir de l'incompétence du Tribunal, celui-ci peut, à son gré, retenir l'affaire ou se déclarer incompétent (2). Ainsi la jurisprudence s'expose à commettre d'incontestables dénis de justice, soit que, les plaideurs ayant perdu toute attache avec leur pays d'origine, leurs Tribunaux nationaux ne veuillent pas statuer, soit que nos juridictions, ayant révisé au fond le jugement qu'ils rapportent, refusent de le rendre exécutoire en France, soit enfin, s'il s'agit d'étran-

---

(1) Cette doctrine est, en effet, consacrée par quelques arrêts : Alger, 4 mars 1874 (S. 1874-2-103) ; — Paris, 24 août 1875 (S. 1876-2-212) ; Paris, 4 fév. 1876 (D. 1876-2-193) ; — Paris, 3 août 1887 (*Droit*, 30 octobre 1887). — Mais la plupart des décisions sont en sens contraire : Cass., 4 septembre 1811 (S. 1812-1-157) ; — Cass., 30 décembre 1815 (S. 1817-2-62) ; — Cass., 20 juin 1820 (S. 1820-1-42) ; — Cass., 2 avril 1832 (S. 1833-1-435) ; — Rouen, 29 février 1840 (S. 1840-2-356) ; — Paris, 13 février 1858 (D. 1858-2-56) ; — Metz, 26 juillet 1865 (D. 1865-2-160) ; — Paris, 13 mars 1879 (S. 1879-2-289), etc., etc.

(2) Civ. rej., 17 juillet 1877 (D. P., 1878-1-366) ; — Req., 5 mars 1879 (D. P., 1880-1-9).

gers appartenant à des États différents, qu'il n'existe aucun Tribunal compétent pour connaître de leur procès.

Est-il possible que de pareilles conséquences aient été consacrées par la législation d'un pays qui, à raison de ses institutions libérales, a toujours attiré un grand nombre d'étrangers? Quelle que soit la situation juridique faite par nos lois aux non nationaux, il est facile de démontrer que les rédacteurs de nos Codes ont adopté des principes plus dignes d'une nation civilisée. On sait que l'article 11 du Code civil, dont le texte règle la condition des étrangers, donne lieu à trois interprétations différentes. Si l'on pense que les étrangers jouissent en France de tous les droits civils qui ne leur ont pas été formellement ou implicitement retirés (1), il n'est pas douteux qu'ils puissent s'adresser à nos Tribunaux, en l'absence de toute disposition contraire. Si on leur accorde les facultés qui appartiennent au droit des gens, à l'exclusion de celles dont l'établissement est plus spécialement l'œuvre du droit civil de chaque pays (2), il faut leur attribuer le droit d'ester en justice, prérogative du *jus gentium* plutôt que du droit civil, et « dont l'exercice, a dit la Cour de Bruxelles, ne pourrait être interrompu sans porter atteinte aux relations qui existent entre les peuples (3) ». Si les étrangers ont seulement les privilèges que leur accordent expressément ou implicitement des textes spéciaux (4), ils peuvent même entre eux s'adresser aux Tribunaux français, comme l'indique la discussion de l'article 14 au Conseil d'État, le 6 thermidor de l'an IX (5).

---

(1) Valette, *Explication sommaire du livre premier du Code civil*, p. 408 et suiv. ; — Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*, n° 56.

(2) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I^er^, p. 291 et suiv.

(3) Arrêt du 28 mai 1867 ; — Pasicrisie, 1867, t. II, p. 294.

(4) Demolombe, t. I^er^, n^os^ 240 et suiv.

(5) Locré, *Législation*, t. II, p. 44.

La seule combinaison des principes aboutit donc à permettre aux étrangers d'agir devant les tribunaux français en matière civile comme en matière commerciale. L'unification des règles admises pour les litiges ressortissant aux deux branches du droit privé dans le sens le plus large et le plus compréhensif, est la solution la plus conforme aux exigences des relations internationales actuelles et au véritable esprit d'une législation libérale. Aussi, est-elle consacrée par le projet de réforme du Code de Procédure, dont l'article 10 déclare que les Tribunaux français pourront être saisis des contestations entre étrangers, comme s'il s'agissait de contestations entre Français (1).

---

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I[er], n° 408.

CHAPITRE III

PROCÉDURE

a) Extension aux procès commerciaux de la caution *judicatum solvi*. — Si le législateur songe à faciliter l'accès de nos tribunaux aux litigants étrangers, il s'efforce à l'inverse de les en écarter quand ils veulent former une demande contre un citoyen français. Pour mettre nos nationaux à l'abri d'une poursuite vexatoire, l'art. 16 du Code civil, consacrant les traditions de notre ancienne jurisprudence, impose à l'étranger demandeur contre un Français l'obligation de fournir une garantie, la caution *judicatum solvi*, destinée à assurer le paiement des frais et des dommages résultant d'une instance témérairement engagée. Ce texte contenait toutefois une exception dans l'intérêt du commerce dont on cherchait à favoriser l'activité en permettant aux non nationaux d'obtenir sans complications jugement contre leurs débiteurs français. Le législateur de 1804 considérait, en effet, la nécessité de fournir et de discuter la caution comme incompatible avec la rapidité de la procédure commerciale, et plus gênante qu'utile à raison de la modicité des dépens exposés devant les tribunaux consulaires. Ces principes, repris par le Code de procédure civile (art. 166 et 167) et tempérés par la même dérogation (art. 423), sont restés en vigueur jusqu'à la loi récente du 5 mars 1895, promulguée pour étendre la caution *judicatum solvi* aux procès commerciaux. Désormais, les étrangers qui se portent demandeurs principaux ou inter-

venants devant un tribunal de commerce, sont tenus de fournir cette caution, sauf à consigner une somme fixée par le Tribunal, à déposer un nantissement équivalent (art. 2041 C. civ.), ou à justifier qu'ils possèdent en France des immeubles suffisants pour répondre du paiement des frais et des dommages auxquels le litige peut donner lieu.

Cette extension de la garantie judiciaire à des procès où on ne l'avait jamais exigée, constitue en réalité une mesure de rétorsion contre certains États qui l'imposent aux plaideurs étrangers avec la dernière rigueur (1). De telles représailles sont légitimes ; mais on peut craindre que le législateur n'ait dépassé le but et n'ait porté préjudice aux intérêts nationaux en se proposant de les servir.

La nouvelle disposition présente tout d'abord un caractère choquant de généralité inopportune, en ce sens qu'elle s'applique indistinctement aux ressortissants des États dont la loi ignore la caution *judicatum solvi*, et à ceux des pays qui obligent les citoyens français à la fournir (2). Purement défensive

---

(1) Par exemple l'Angleterre et les Etats-Unis. Le Code de pr. civ. hollandais (art. 152-153) et la loi suédoise du 19 novembre 1886 exigent la caution *judicatum solvi*, sans distinguer aussi les affaires commerciales des affaires civiles. Le Code de pr. civ. autrichien (art. 406-408) va même jusqu'à l'imposer au demandeur régnicole. — V. Champcommunal, *Les procès commerciaux et la caution* judicatum solvi (*Annales de Droit commercial*, 1895, p. 313 et suiv.).

(2) Les étrangers sont dispensés de donner caution pour les procès commerciaux : en Belgique (art. 16 C. civ.), en Grèce (art. 78-79 C. pr. civ.), dans la principauté de Monaco (art. 16 C. civ.), en Pologne (art. 15 C. civ.), en Roumanie (art. 15 C. civ.), et dans la plupart des cantons suisses. Il en est de même en Russie depuis la loi du 20 novembre 1864, sauf dans le gouvernement de Varsovie. Le Code civil italien, établissant l'égalité entre le national et l'étranger au point de vue de la jouissance des droits civils, a pour effet de le

à l'égard de ces derniers, la mesure devient pour les premiers injustement agressive, et de nature à provoquer des représailles au détriment de nos nationaux. La solution la plus sage eût été sans doute de s'en tenir au système de la réciprocité légale, à l'exemple de certains Codes étrangers (1). Malheureusement le législateur de 1895 n'a pas cru devoir déroger sur ce point à l'article 11 du Code civil, dont le texte obligera notre gouvernement à négocier de nombreuses conventions diplomatiques, s'il veut épargner aux citoyens français les mesures de rétorsion qu'on ne manquera pas de leur infliger quand les fâcheux effets de la loi récente commenceront à se faire sentir.

On peut également regretter qu'en étendant la caution *judicatum solvi* aux matières commerciales, nos Chambres n'aient pas entrepris de la réorganiser. La tâche était pourtant facile à la condition de tenir compte des réformes apportées à l'institution par les législations étrangères. Comme toutes les dispositions de rigueur, l'obligation de fournir caution devrait être restreinte aux cas d'absolue nécessité. Cependant notre Code l'impose même à l'étranger qui a établi en France le siège de ses intérêts, sans avoir obtenu du gouvernement l'autorisation d'y fixer son domicile. La loi anglaise nous semble ici mieux inspirée en dispensant les étrangers de la caution quand ils se trouvent en personne dans le royaume, parce qu'on ne doit pas présumer que l'étranger abandonnera le centre de ses affaires pour éviter les conséquences d'un procès qu'il a jugé bon d'intenter (2). N'est-il pas de même excessif d'exiger une pareille garantie de l'assisté judiciaire, au risque de rendre illusoire le

---

soustraire à l'obligation de donner caution. Cette institution est également inconnue dans la législation portugaise.

(1) V. Code de procédure allemand (art. 101 et suiv.) et Code de procédure civile espagnol (art. 534).

(2) *Journal de Droit international privé*, 1891, p. 1250.

bénéfice qu'on lui accorde? Les droits allemand et autrichien évitent cette inconséquence, en déclarant que la caution ne sera pas demandée à l'étranger admis à l'assistance judiciaire par l'effet de la réciprocité (1). Il existe encore bien des cas où l'on pourrait dispenser l'étranger de la caution sans inconvénient pour le défendeur: par exemple lorsque la poursuite fondée sur un titre exécutoire, sur un effet de commerce (2) ou sur le préjudice causé par un délit pénal ne présente aucun caractère vexatoire, et en dehors de ces hypothèses, lorsque l'étranger est à la tête d'un établissement commercial ou industriel dont la valeur offre souvent autant de garantie que la possession d'un immeuble (3).

Ainsi amendée, la loi du 5 mars 1895 aurait soulevé moins de critiques. Telle qu'elle est, la disposition récente réalise cependant, dans la matière spéciale qu'elle régit, l'unité que nous avons préconisée à différentes reprises, mais par la suppression d'un privilège établi au profit des étrangers dans l'intérêt des relations mercantiles. Cette réaction du droit civil dont la seule conséquence est de mettre de nouveaux obstacles aux rapports internationaux, à une époque où ils deviennent plus fréquents et plus nécessaires ne nous semble pas durable. Avec le développement incessant du commerce extérieur, tous les États seront amenés par la force même des choses à abolir les prohibitions dont ils frappent les étrangers afin d'obtenir pour leurs nationaux un traitement moins rigoureux (4).

---

(1) Code de pr. civ. allemand (art. 106). — Loi autrichienne du 22 juin 1878.

(2) *Sic* : C. pr. civ. allemand. — Loi suédoise précitée.

(3) C. civil polonais, art. 15.

(4) Sur l'invitation du gouvernement des Pays-Bas, une conférence internationale réunissant les délégués de treize Etats de l'Europe continentale (Allemagne, Autriche-Hongrie, Belgique, Dane-

C'est grâce aux exigences de l'expansion commerciale que l'on verra s'élaborer peu à peu la suprême unification législative, celle qui établira la communauté de droit entre les nations civilisées.

b) De la création de la procédure des référés en matière commerciale. — L'extension des articles 806 et suivants du Code de procédure civile aux litiges commerciaux se justifierait plus aisément. On sait que le texte de l'article 806 C. pr. civ., investit le président du Tribunal civil du pou-

---

mark, Espagne, France, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Roumanie, Russie et Suisse), s'est tenue à La Haye du 12 au 27 septembre 1893, en vue d'élaborer un projet de règles uniformes pouvant servir de base aux Etats représentés, soit pour introduire dans leurs législations respectives des lois identiques, soit pour conclure entre eux des conventions. Au cours de ses travaux, la Conférence s'est occupée de la caution *judicatum solvi*. Sur les conclusions de M. Roguin, rapporteur désigné pour cette question, la Conférence a voté trois articles sanctionnant un système très simple : la suppression de toute garantie judiciaire, fondée soit sur la nationalité étrangère, soit sur le domicile ou la résidence à l'étranger du demandeur, suppression compensée par l'assurance que les condamnations aux frais et dépens encourues par le demandeur seront exécutées dans son pays.

Remarquons toutefois que l'abolition de la garantie ne s'applique pas aux dommages-intérêts auxquels pourrait être condamné le demandeur pour avoir introduit une action téméraire, abusive ou vexatoire. On peut donner deux motifs de cette sorte d'inconséquence : d'une part, la caution à l'égard des dommages-intérêts n'est pas exigée par un grand nombre de lois, et là où elle existe, elle a relativement peu d'importance ; d'autre part, l'idée de rendre le jugement exécutoire à l'étranger étant nouvelle, on a voulu la rendre plus acceptable en la limitant aux frais et dépens (Consultez Lainé, *La Conférence de La Haye, relative au Droit international privé*, dans le *Journal de Droit international privé*, 1894 et 1895).

voir de statuer sur les affaires urgentes par la voie rapide des référés. Cependant, en dépit de l'apparente généralité des termes de la loi, une opinion très accréditée en jurisprudence et en doctrine refuse au président du Tribunal civil le droit de statuer sur les contestations urgentes d'un ordre commercial (1). Cette solution, juridiquement inattaquable, se fonde sur ce principe, que la compétence du président du Tribunal en matière de référés étant un accessoire de la juridiction ordinaire, ne peut être prorogée en dehors et au-delà des attributions de cette même juridiction. Or, comme il est impossible, en l'absence d'une disposition expresse, de saisir le président du Tribunal de commerce à cause du caractère exceptionnel de ses fonctions, on est obligé de reconnaître que la voie prompte et expéditive des référés est étrangère aux procès commerciaux (2).

---

(1) Cass., 1er déc. 1880 (D. 1881-1-5) ; — Paris, 19 janvier 1882 (S. 1883-2-127) ; — Aix, 12 décembre 1883 (*La Loi*, n° du 2 fév. 1884) ; — Paris, 4 juillet 1884 (*La Loi*, n° du 7 août 1884) ; — Paris, 7 novembre 1885 (*Le Droit*, n° du 28 mars 1886), etc.

(2) Il convient de rappeler dans cet ordre d'idées que certains projets de loi, désireux d'accélérer la marche des affaires commerciales, étendent la compétence des juges de paix aux matières de commerce. Citons en ce sens le projet Cazot (1881), combattu par les Chambres de commerce et repoussé, sur leur avis, par la Commission, parce que son application aurait enlevé aux Tribunaux consulaires les trois quarts des affaires dont ils connaissent actuellement ; et le projet Labussière qui, pour concilier tous les intérêts, limite à 300 francs la compétence commerciale des juges de paix (1888).

Quelques législations étrangères ont précédé la France dans cette voie. En Allemagne, les Tribunaux de bailliage connaissent des actions commerciales dont l'objet ne dépasse pas 300 marks. En Italie, les préteurs étaient compétents, avant la suppression des Tribunaux de commerce, pour toutes les actions commerciales n'excédant pas 1,500 lires ; à bien plus forte raison le sont-ils restés depuis.

En présence de ce résultat peu conforme à l'esprit de la procédure commerciale, quelques arrêts ont admis la compétence du président du Tribunal civil, en qualité de juge des référés pour les contestations relevant des Tribunaux consulaires (1). Ces décisions avaient pour but de compléter le système des art. 417, 418 et 419 C. pr. civ., qui pourvoient aux cas d'urgence dans les procès commerciaux. Les Ordonnances de référé ne pouvant être frappées d'opposition, et étant de plein droit exécutoires nonobstant appel sans caution (art. 809 C. pr. civ.), présentent en effet un double avantage sur les jugements par défaut des Tribunaux de commerce toujours susceptibles d'opposition, et n'entraînant en principe l'exécution provisoire qu'à charge de bailler caution. Mais ces arrêts sont restés isolés parce qu'il est arbitraire de donner compétence pour statuer sur le provisoire à un magistrat incompétent sur le fond. Seule, une réforme législative pourrait créer les référés commerciaux en attribuant le pouvoir d'en connaître soit au président du Tribunal de commerce, soit au président du Tribunal civil. C'est ce dernier magistrat que le projet de révision du Code de procédure civile institue comme juge des référés en matière commerciale (2), obéissant ainsi à la ten-

---

Ce système fonctionne aussi en Algérie (art. 2 du décret du 19 août 1854), où les juges de paix à compétence étendue connaissent des affaires commerciales jusqu'à 500 francs en premier ressort, et jusqu'à 1,000 francs à charge d'appel. — Les mêmes principes ont été appliqués à la Tunisie par la loi de 1883 (art. 5). — Enfin, il en est ainsi dans la plupart des colonies françaises, mais le taux de la compétence commerciale des juges de paix y est variable (*Adde :* Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I[er], n° 371 et la note).

(1) Nancy, 6 juillet 1850 (S. 1851-2-268) ; — Douai, 20 janvier 1852 (S. 1852-2-237) ; — Rouen, 3 décembre 1867 (*J. Pal.*, 1868-959).

(2) (Article premier.) — « La procédure des référés applicable au civil, dit l'exposé des motifs, doit, *a fortiori*, s'étendre aux affaires

dance qui pousse les législations modernes à confier aux juridictions civiles la connaissance des procès commerciaux.

c) Des preuves. — Une des plus importantes divergences de la procédure commerciale et de la procédure civile se trouve dans la théorie des preuves. Le plus souvent, le Code de 1804 impose au juge tout un système de preuves légales en l'absence desquelles il ne peut pas condamner. Une tradition constante autorise au contraire le juge commercial à former sa conviction comme il l'entend et à puiser les éléments de sa décision soit dans des preuves préconstituées, soit même dans des témoignages ou de simples présomptions. Le principe de la liberté des preuves dans les procès commerciaux, actuellement consacré par l'art. 1341 C. civ., corroboré par l'art. 109 C. com., s'explique par les nécessités des transactions du négoce. On comprend les exigences du législateur dans la vie ordinaire, où les opérations juridiques de quelque importance étant relativement rares, les parties ont tout le temps qu'il leur faut pour rédiger un écrit dans les formes imposées. Mais la preuve littérale organisée par la loi civile serait incompatible avec les habitudes du commerce, la rapidité de ses mouvements et la multiplicité de ses opérations. De là, ces règles opposées qu'en matière civile la preuve testimoniale est prohibée au-dessus d'une somme ou d'une valeur de 150 francs (art. 1341 C. civ.), tandis que la preuve par

---

commerciales qui exigent en général plus de célérité que toutes les autres. Mais qui sera juge du référé en ces matières ? On a cru devoir admettre que ce serait, comme au civil, le président du Tribunal civil, ou un juge civil le remplaçant. »

(Art. 2.) — Pour juger en référé, il est nécessaire, en effet, d'avoir une connaissance approfondie du droit, et cette attribution ne pouvait être donnée qu'à un magistrat de profession.

témoins, et partant par présomptions, est recevable en matière commerciale quel que soit l'intérêt en jeu dans la contestation.

Ces principes doivent s'appliquer distributivement aux actes mixtes, c'est-à-dire aux conventions civiles d'un côté, mais commerciales de l'autre. Les preuves du droit commun seules peuvent être employées contre la partie pour laquelle l'acte est civil, mais les preuves plus larges du droit commercial sont admissibles contre son cocontractant (1). Ce système rationnel, mais compliqué, place les parties dans une situation inégale, comme suffit à le démontrer la série des conséquences auxquelles il aboutit.

a) Au-dessus de 150 francs, la preuve par témoins ou par présomptions est recevable contre la personne pour laquelle l'acte est commercial, sans l'être contre celle dont l'obligation a un caractère civil.

b) Si un acte sous seing privé destiné à constater une convention synallagmatique n'a été dressé qu'en un seul original, contrairement au vœu de l'article 1325 C. civ., cette pièce fait preuve contre le contractant tenu commercialement, mais n'est pas opposable à l'autre.

c) Enfin dans l'hypothèse d'une transaction mixte, conclue entre négociants, les livres de celui qui a fait l'acte de commerce font foi contre lui, sans que leurs énonciations puissent être dirigées contre l'autre partie.

Ces résultats ont été repoussés dans un intérêt de simplification par un certain nombre de législations étrangères, qui appliquent la loi commerciale par cela seul qu'un acte est commercial pour l'un des contractants. Telles sont notam-

(1) Aubry et Rau, t. VIII, p. 236-238-239 ; — Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, p. 72 ; — Garsonnet, *op. cit.*, t. II, p. 341.

ment les décisions des Codes italien (art. 54), roumain (article 56) et portugais (art. 99).

En France même, une tentative analogue mais plus timide de l'extension du principe commercial de la liberté des preuves, vient de se produire récemment. La Commission de la réforme judiciaire a été saisie d'une proposition de loi tendant à modifier les articles 1341 à 1345, 1715 et 2044 du Code civil sur l'admissibilité de la preuve testimoniale (1). Deux groupes de réformes ont été proposés : édicter d'une part que la preuve testimoniale sera admissible jusqu'à la valeur de 300 francs, et qu'elle sera reçue dans cette limite contre et outre le contenu aux actes, et sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, du moins quand ils ont été passés sous signature privée ; modifier, en conséquence, les articles 2044 et 1715 du Code civil, en autorisant les enquêtes à concurrence d'une pareille somme, en matière de transactions et de baux faits sans écrit.

Cette proposition n'a pas reçu un accueil très favorable (2). Etendre la preuve testimoniale, dont les dangers ont été si souvent signalés, écrit M. Sauzet en substance, ne constituerait pas un progrès à une époque où le développement de l'instruction primaire permet presque toujours aux particuliers de constater leurs conventions par écrit. A ce motif général, s'ajoutent des considérations spéciales pour maintenir les articles 1715 et 2044 dans leur actuelle teneur. Il importe, en effet, de relater dans un acte les clauses complexes des baux à ferme ou à loyer, et de ne pas livrer à des mémoires infidèles et partant aux chances d'un procès les transactions qui ont

---

(1) *Journ. Off.*, Chambre des Députés, annexes, n° 1517.

(2) V. Rapport de M. Marc Sauzet (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1891, p. 112).

précisément pour objet de terminer un litige, ou bien de le prévenir. Cependant beaucoup de pays n'ont pas hésité à faire disparaître cette différence entre les actes civils et les actes de commerce, en admettant la preuve testimoniale *in infinitum* (1).

(1) V. Code civil espagnol, art. 1244.

TROISIÈME PARTIE

DÉCONFITURE ET FAILLITE

CHAPITRE PREMIER

HISTOIRE DE LA SÉPARATION DES DEUX INSTITUTIONS

L'insolvabilité, c'est-à-dire la situation de la personne qui a plus de dettes que de biens, n'est pas organisée dans tous les cas d'une façon identique par notre législation. En cette matière, le droit civil et le droit commercial continuent à se faire antithèse avec deux institutions différentes, la déconfiture et la faillite. L'existence de cette double procédure pour régler le fait unique de l'insolvabilité, injustifiable au point de vue rationnel, n'est que le résultat d'une longue évolution historique.

Le droit romain a toujours appliqué les mêmes voies d'exécution à tous les débiteurs commerçants ou non commerçants. A l'époque des XII Tables, une action de la loi, d'une épouvantable rigueur, la *manus injectio*, donnait pour gage aux créanciers la personne, la liberté, la vie même de leurs débiteurs. Ce procédé de contrainte s'adoucit avec le temps : si l'emprisonnement pour dettes ne disparut jamais de la législation romaine, le développement de la civilisation substitua à

l'exécution des obligations sur la personne physique, leur exécution sur la personne juridique, sur le patrimoine en un mot. Au lieu de vendre le débiteur et tout ce qui lui appartenait, comme dans la phase primitive de la *manus injectio*, les créanciers se contentaient, dans la procédure de la *bonorum venditio*, de vendre l'universalité des biens de l'insolvable à l'enchérisseur qui leur offrait le dividende le plus important. C'était l'apparition des principes de la faillite, dont cette procédure contenait tous les traits essentiels : dessaisissement du débiteur depuis la *missio in possessionem*, concentration des poursuites dans les mains d'un véritable syndic (*curator* ou *magister*), égalité entre les créanciers, sauf les cas de préférence. Ce mode de liquidation persista jusqu'à la fin du droit romain, amendé par la *bonorum cessio*, qui permettait au débiteur malheureux et de bonne foi d'échapper à la contrainte par corps, et d'éviter l'infamie, puis par la *bonorum distractio*, ou vente des biens en détail, plus avantageuse que la vente en bloc *per universitatem* (1).

Au moment des invasions barbares, les Germains n'avaient pas encore dépassé la phase antique de l'esclavage pour dettes, comme en témoignent certaines dispositions légales permettant au créancier de se faire adjuger la personne de son débiteur, ainsi que des conventions fréquentes connues sous le nom d'*obnoxiationes*, par lesquelles les emprunteurs se livraient à la puissance de ceux qui leur avaient fait crédit. Toutefois les créanciers devaient discuter au préalable le patrimoine mobilier de leur débiteur, sur lequel le premier saisissant acquérait d'ailleurs un droit de préférence. Quant aux immeubles, ils restèrent longtemps insaisissables, l'idée de la copropriété familiale empêchant d'en disposer (2).

---

(1) Garraud, *De la déconfiture*, p. 8 et suiv.

(2) Ducos de Lahaille, *Etude sur la déconfiture* (T. 1894, Toulouse.)

Ces principes sont encore en vigueur au début de la période féodale et coutumière, où la servitude pour dettes existe sous ses deux anciennes formes, légale (1) et conventionnelle (2). Mais à partir du règne de saint Louis, le pouvoir royal intervint pour bannir de la pratique la contrainte par corps. Dans une Ordonnance de 1256, Louis IX défend d'une façon générale que nuls de ses sujets « ne soient pris au corps, ni emprisonnés pour dettes personnelles (3) ». Plus tard, Philippe-le-Bel renouvela cette prohibition, qui était restée lettre morte, en substituant la vente des biens à l'exécution sur la personne (Ordonnance de Béziers de 1303). Mais cette mesure devait être frappée d'impuissance, parce qu'elle permettait de stipuler la contrainte par corps par des clauses particulières qui devinrent bientôt de style. De plus, de nombreux privilèges locaux limitaient la portée de l'Ordonnance, surtout, dans les cités commerciales dont les habitants jouissaient ordinairement de la faculté d'arrêter eux-mêmes leurs débiteurs forains (4). Comme à l'époque barbare, les coutumes autorisaient du reste la saisie des meubles et celle des immeubles d'origine plus récente (5), sans songer tout d'abord à régler les concours des créanciers qui étaient payés d'après la date de leur saisie. Mais l'on vit se dégager peu à peu une procédure moins rudimentaire, cherchant à assurer l'égalité entre les créanciers se disputant les biens d'un débiteur déconfit. Hésitante

---

(1) *Assises de Jérusalem,* livre de Jean d'Ibelin, ch. CXVI ; — *Assises de la Cour des Bourgeois*, ch. LVIII.

(2) Beaumanoir, ch. XXIV, n° 12 : « Selonc la coutume nus cors d'omme n'est pris por dette, s'il n'a, par letres, son cors obligié à tenir et à metre en prison. »

(3) V. Garraud, *op. cit.*, page 51; — *Etablissements de saint Louis*, liv. I, ch. XXI.

(4) Garraud, *op. cit.*, page 52.

(5) Bouteiller, *Somme rurale,* t. LXIX ; — Beaumanoir ; XLIII, n° 2.

dans Beaumanoir (1), cette doctrine s'affirme et se précise dans le *Grand Coutumier* de France, et la *Somme rurale* de Bouteiller, sans que le débiteur perde cependant l'administration et la libre disposition de ce qui n'a pas été saisi (2).

Les voies d'exécution sur les biens, se généralisant de plus en plus, restreignirent d'une façon considérable le champ d'application de la contrainte par corps. Dès le XVI^e^ siècle, certaines coutumes ne l'autorisent qu'à titre subsidiaire, après discussion des biens de l'insolvable (3). Insensiblement, on tâcha de la limiter aux dettes privilégiées et à celles nées de délits et de quasi-délits (4), et quelquefois même on défendit de la stipuler par convention (5). Enfin, grâce à l'extension continuelle du bénéfice de cession de biens, tous les débiteurs de bonne foi purent se soustraire à l'exécution personnelle, à moins qu'ils ne fussent étrangers (6), ou tenus d'une dette privilégiée (7) L'Ordonnance de 1667, obéissant à cette tendance, supprima presque complètement la contrainte par corps pour dettes purement civiles, en interdisant, il est vrai, la cession

---

(1) Beaumanoir, t. XXXIV, n° 52, et LIV, n° 6.

(2) *Grand Coutumier de France,* ch. x : « Nul n'y a advantaige fors celluy qui se fait payer, et les négligens perdent ; toutesfois si le deteur n'est en cas de déconfiture » ; — Bouteiller, liv. I^er^, tit. XLVI, *De Contribution.*

(3) Douai, XIII, n° 3 (Bourdot de Richebourg, t. II, p. 990) : « L'exécuteur est tenu de s'adresser aux biens meubles du condamné, par après, par faute de biens meubles, aux héritages, et d'en faire vendre par décret et exécution de justice, et en faute de biens meubles et héritages non trouvez, s'adresser au corps du condamné » ; — Orchies XI, n° 3, *ibid.*, II, p. 1000 ; — *Cout. de La Bourt,* XIV, art. 23, *ibid.*, IV, p. 975.

(4) Domat, *Lois civiles,* liv. IV, tit. v, sect. 2, n° 10.

(5) Coutume de Troyes, art. 129, Pierre Pithou, 1628.

(6) Loysel, t. II, p. 681.

(7) Pothier, *Procédure,* 5^me^ partie, ch. II, § 2.

des biens, dans les cas très exceptionnels où ce mode de contrainte restait encore possible (1).

Quand l'exécution par voie de poursuites individuelles des biens du débiteur tombé en déconfiture commença à s'ériger en droit commun, le commerce réclama des règles plus protectrices du crédit. Dans la vie commerciale, la multiplicité des affaires qu'il faut régler à chaque instant rend la circulation des capitaux continuelle, et l'insolvabilité de celui qui doit les fournir en payant particulièrement redoutable. Un système qui permettait au débiteur notoirement insolvable de diminuer son patrimoine par des actes de disposition et au créancier le plus rigoureux ou le plus diligent de se faire payer par préférence, de façon à faire supporter aux derniers venus tout le poids du malheur commun, jetait de trop graves perturbations dans les relations mercantiles pour ne pas être abandonné. C'est un fait d'expérience vulgaire que le commerçant qui manque à ses engagements peut en entraîner d'autres dans sa ruine. Une faillite importante détermine de véritables crises commerciales, parce que, selon une comparaison célèbre, « le crédit est comme une chaîne dont un anneau se lie à un autre anneau » (2). Pour atténuer la répercussion fatale de cet évènement désastreux, il importe d'en amortir les effets en répartissant entre tous les créanciers les pertes causées par la faillite. Le droit romain avait déjà aperçu ces nécessités impérieuses, comme le démontre l'organisation prétorienne de la *bonorum venditio*. Quand les républiques commerçantes d'Italie, arrivées à l'apogée de leur prospérité, sentirent à leur tour le besoin d'assurer le crédit, leurs jurisconsultes n'eurent qu'à ressusciter l'ancienne institution romaine, que sa supériorité scientifique et ses avantages pratiques permettaient d'adapter

(1) Louet, *Arrêts notables,* lettre C ; 31.

(2) Garraud, *op. cit.*, p. 54.

à un autre milieu. Telle est l'origine des règles dont l'ensemble a formé la théorie de la faillite. Comme la création prétorienne, la faillite se caractérise par une procédure collective qui unit tous les créanciers dans une action commune pour arriver à la liquidation du patrimoine de leur débiteur, par le dessaisissement de l'insolvable, et enfin par l'application du principe d'égalité entre les divers créanciers. Quelques mesures importantes vinrent compléter l'institution en lui donnant une physionomie d'une originalité personnelle : ainsi on étendit la portée de l'action paulienne en frappant de nullité les actes qui avaient été faits pendant une certaine période avant la cessation des paiements (1). On permit aux créanciers de remettre le failli à la tête de ses affaires en lui votant un concordat (2), et on réprima avec sévérité l'insolvabilité frauduleuse au moyen des pénalités de la banqueroute (3).

Cette nouvelle législation fut introduite en France par les marchands italiens de la ville de Lyon, où les Lombards tenaient presque tout le haut commerce. Nos lois commencèrent par s'assimiler les mesures de rigueur dont elle frappait les débiteurs banqueroutiers. L'Ordonnance de 1536 entra la première dans la voie de la répression en soumettant les banqueroutiers à l'emprisonnement et à la torture. Cette mesure paraissant insuffisante, une Ordonnance d'août 1561 prononça la peine capitale contre la banqueroute. Ce supplice, rappelé en 1582 et en 1609, fait, à partir de cette dernière date, l'objet d'une application rigoureuse (4).

Mais il valait mieux emprunter au droit italien ses principes de liquidation que ses pénalités excessives contre les banque-

---

(1) Casaregis, XV, 1 et 5 ; — Scaccia, § 2, gl. 5, n° 445.
(2) Straccha, IV, n° 9 ; — Scaccia, § 2, gl. 5, n° 52.
(3) Straccha, VII, n° 10.
(4) Garraud, *op. cit.*, p. 56 et suiv.

routiers. L'Assemblée des notables tenue à Paris en 1626 et 1627 avait réclamé l'organisation civile de l'insolvabilité. L'Ordonnance de 1626, due à Michel de Marillac, n'accueillit pourtant pas ce vœu, et se contenta de renouveler les peines de la banqueroute. Il faut arriver au 7 juillet 1667 pour trouver un arrêt du Conseil homologuant les règlements de la place des Changes de Lyon, qui contenait les principes fondamentaux de la réglementation des faillites. Mais c'est seulement l'Ordonnance du commerce de 1673 qui dota la France d'une organisation générale des faillites, dont les principaux traits sont passés dans notre Code actuel.

Désormais, la législation française comprenait deux procédures différentes, l'une civile et de droit commun, la déconfiture, l'autre exceptionnelle et commerciale, la faillite. A vrai dire, ces deux institutions ne correspondent pas absolument. Si la déconfiture est l'insolvabilité d'un non-commerçant révélée par des signes extérieurs (1), la faillite n'est que l'état d'un commerçant qui suspend ses paiements sans être peut-être insolvable. Mais il y a entre ces deux cas un parallélisme certain, car dans la vie commerciale la suspension des paiements est sinon une preuve, du moins une forte présomption d'insolvabilité.

Cependant, les deux institutions, malgré leurs étroites analogies, vont vivre et se développer d'une façon indépendante. Comme nous l'avons déjà dit, la procédure commerciale réunit tous les créanciers dans une action d'ensemble et associe leurs intérêts. Dans la liquidation civile, au contraire, on admet que leurs intérêts sont distincts et même opposés; on leur permet en conséquence de procéder aux saisies chacun pour

(1) « Le cas de déconfiture est quand les biens du débiteur, tant meubles qu'immeubles, ne suffisent pas aux créanciers apparents. » (Art. 179, Coutume de Paris).

leur compte personnel, et de se faire payer par privilège et préférence sur le prix de la vente forcée (1). On n'apporte de dérogation à ce principe exorbitant, aboli par l'article 656 du Code de procédure, que dans le cas d'insolvabilité notoire, où l'on contraint alors le premier saisissant à subir le concours des autres créanciers (2). Il va de soi que le débiteur restant à la tête de son patrimoine peut accroître son insolvabilité par des aliénations onéreuses contre lesquelles les créanciers n'ont d'autre ressource que le droit commun de l'action paulienne.

Néanmoins, on semble avoir aperçu dans notre ancienne jurisprudence ce que cette organisation présente d'inconvénients et de dangers. C'est, surtout, dans l'hypothèse de l'acceptation d'une hérédité sous bénéfice d'inventaire que l'on comprit l'utilité de réunir dans une procédure collective les créanciers et légataires du défunt en conflit avec les créanciers de l'héritier. L'opposition d'intérêts des deux masses de créanciers rend, en effet, plus évidente la nécessité d'une action commune de tous les créanciers héréditaires. Aussi, quelques dispositions coutumières ordonnaient-elles certaines mesures de publicité pour les avertir et leur permettre de se présenter (3). Bien plus, d'anciens auteurs nous apprennent que l'usage de quelques provinces était de confier la liquidation des

---

(1) « Le créancier qui fait le premier arrêter et saisir valablement ou prendre par exécution aucuns meubles appartenant à son débiteur doit être le premier payé » (Art. 178, Coutume de Paris).

(2) « La déconfiture entre créanciers sur les meubles d'un débiteur insolvable sera dorénavant générale par tout notre royaume, et, audit cas, viendront lesdits créanciers sur lesdits meubles à contribution au sol la livre, sans préjudicier à ceux qui auront privilège particulier sur lesdits meubles » (Ordonnance de 1629, art. 165).

(3) Coutumes de Normandie, art. 97 ; de Bretagne, art. 515 ; de Lille, XIV, art. 11, et Ordonnance de 1611.

successions bénéficiaires à des syndics ou directeurs (1). Plusieurs coutumes flamandes allaient même jusqu'à organiser des procédures très complètes, dont il est regrettable que les rédacteurs du Code civil n'aient pas su faire leur profit (2).

La législation française actuelle accentue, en effet, l'opposition de la faillite et de la déconfiture en passant presque complètement sous silence les règles de cette dernière institution, alors que celles de l'insolvabilité commerciale sont déterminées avec un soin minutieux et un luxe considérable de détails. La réglementation des faillites a subi, depuis le commencement du siècle, des réformes successives destinées, surtout, à adoucir le sort des commerçants déclarés en état de cessation de paiements. Le système du Code de commerce, particulièrement rigoureux, a été refondu par la loi du 28 mai 1838, et complété par la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire, sorte de faillite atténuée pour les débiteurs malheureux. Au contraire, la théorie de la déconfiture, sauf la suppression de la contrainte par corps prononcée, d'ailleurs, par la loi du 22 juillet 1867, pour les dettes tant civiles que commerciales, n'a reçu aucune modification. En l'absence de dispositions coordonnées, il faut donc appliquer le droit commun. Mais, dans cette situation compliquée et délicate, les règles générales ne sauraient combler les lacunes de la loi civile dont il suffit d'indiquer les principaux inconvénients pour démontrer la nécessité d'une intervention législative.

---

(1) Davot et Bannelier, t. III, Traité 5, ch. XVIII, nos 10 et 16 ; — Duparc Poullain, *Précis des Actes de notoriété*, p. 232, n° 11.

(2) Coutumes de Bourbourg, t. XVIII ; de Bailleul, IX, etc.

CHAPITRE II

INSUFFISANCE DE LA LÉGISLATION DE LA DÉCONFITURE

Bien que la déconfiture produise des conséquences de détail parfois semblables à celles de la faillite (art. 1188, 1276, 1446, 1613, 1865, 4°, 2003, 2032 C. civ.), les règles fondamentales qui la régissent diffèrent profondément de l'institution correspondante du droit commercial. En laissant de côté les divergences relatives soit à sa constatation, soit à l'absence de dispositions d'ordre public destinées à châtier une gestion imprudente ou frauduleuse, la législation de la déconfiture se signale, quand on la rapproche de celle de la faillite, par la déplorable insuffisance des mesures de protection qu'elle édicte dans l'intérêt des créanciers.

Tandis que la faillite est une liquidation collective, la déconfiture est la liquidation individuelle du patrimoine de l'insolvable faite par chaque créancier selon ses forces et ses moyens. Tout intéressé est laissé libre d'améliorer sa situation au détriment des autres, soit par des conventions particulières passées avec l'insolvable, soit par des poursuites exercées à propos contre ce dernier. N'étant pas dessaisi du pouvoir d'aliéner, le débiteur peut avantager un de ses créanciers en le payant, ou en lui constituant une hypothèque. La vérité de cette proposition est universellement reconnue. A peine peut-on citer un ancien arrêt cherchant à échapper à l'iniquité qu'elle consacre en assimilant le débiteur en déconfiture à un commerçant

failli, qui ne peut ni hypothéquer, ni aliéner (1). Le fondement de cette décision repose sur l'article 2146, 2°, qui annule les inscriptions hypothécaires prises depuis l'ouverture d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, c'est-à-dire probablement insolvable. Puisque la loi déclare nulle une inscription prise dans un cas où l'insolvabilité est seulement présumée, pourquoi ne pas étendre sa disposition au cas où la déconfiture est certaine ? Cette tentative d'extension des principes de la faillite à la déconfiture ne pouvait malheureusement triompher, parce qu'elle généralisait à tort un texte exceptionnel déjà peu justifiable en lui-même.

Il y a plus : le créancier qui n'a pas obtenu d'avantages spéciaux peut se conférer des sûretés plus importantes que celles qu'il eût été possible de lui consentir en prenant un jugement dont les condamnations seront garanties par une hypothèque générale frappant les biens présents et à venir de son débiteur (art. 2123 C. civ.). Cette faculté, qui fait du paiement le prix de la course, a des conséquences désastreuses, parce qu'elle pousse les créanciers à traiter l'insolvable avec la dernière rigueur et à l'accabler sous le poids des procédures et des frais.

Par bien d'autres côtés, le système du Code civil est loin de porter les créanciers à l'indulgence, la loi leur laissant le soin de déjouer eux-mêmes les fraudes et les simulations de l'insolvable, contre lesquelles elle ne prend ni précautions sérieuses, ni remèdes énergiques. L'action paulienne donnée aux créanciers pour obtenir la révocation d'un acte fait par le débiteur au préjudice de leurs droits, est souvent une protection peu efficace, puisqu'elle oblige le demandeur à établir dans tous les cas la fraude de l'aliénateur, et de plus pour les actes à titre

(1) Bruxelles, 17 fév. 1810 (S. 1810-2-235).

onéreux la complicité des tiers contractants. Les faits de simulation et de fraude sont, au contraire, prévenus et réprimés dans la loi commerciale, tant par les principes du dessaisissement (1), que par la théorie des nullités de droit (art. 446), des nullités facultatives (art. 447) et des nullités des inscriptions des privilèges et hypothèques (art. 448).

Cette loi rend aussi très difficile la dissimulation du gage mobilier des créanciers, en prescrivant l'apposition des scellés, et la rédaction d'un inventaire (articles 455, 447, 2°, 479 C. com.), dissimulation que les lacunes du Code civil permettent de pratiquer d'une façon scandaleuse. Réserve faite des droits du propriétaire très rigoureusement garantis par le privilège du bailleur, le débiteur de mauvaise foi a dix moyens pour un d'éviter la saisie-exécution : il lui suffit de mettre son loyer au nom d'un ami complaisant, ou de simuler à son profit la vente des pièces les plus précieuses de son mobilier d'appartement, sur laquelle son complice s'appuyera pour diriger plus tard contre le saisissant une demande en distraction dont le succès sera presque assuré, si on a eu soin de donner à l'acte une date certaine.

Quant aux meubles incorporels qui constituent souvent ; à notre époque, la meilleure partie de la fortune des individus, la seule saisie possible est en fait la saisie-arrêt des créances entre particuliers, valeurs dont l'importance a considérablement diminué depuis que les titres de Bourse sont en possession de la faveur du public. Les actions et obligations au porteur des sociétés et des villes échappent très aisément par leur forme et leur nature aux atteintes des créanciers, et il en

---

(1) Cependant un arrêt de la Cour de Bruxelles du 23 mars 1811 (S. 1811-2-273) applique sans aucun motif les principes du dessaisissement en matière de déconfiture, « en déclarant nul, comme ayant » été fait en état de déconfiture, un transport de créance »

est de même pour des obstacles d'un autre genre, des titres nominatifs. En général les créanciers ignorent en effet l'existence de ces valeurs, ou s'ils la découvrent par hasard, ils manquent ordinairement des renseignements nécessaires pour procéder à la saisie (1).

L'État lui-même semble inviter à la fraude les débiteurs peu scrupuleux, en déclarant insaisissables les fonds employés à l'achat d'inscriptions au Grand-Livre de la Dette publique. Les dispositions de la loi du 8 nivôse an VI (art. 4), confirmées par celle du 22 floréal an VII (art. 7), proclament le principe de l'insaisissabilité des rentes sur l'État, dans l'intérêt de son crédit. Cette règle exorbitante permet au titulaire d'une rente sur l'État de vivre dans l'opulence à l'abri des poursuites de ses créanciers, parfois même avec leur argent. Aussi la jurisprudence s'est-elle efforcée d'en éluder l'application, et de faire triompher un système plus conforme à l'équité. Elle a tout d'abord élaboré une doctrine spéciale à la matière des faillites, en distinguant entre la saisie-arrêt ou opposition dont les rentes sont affranchies, et leur vente opérée au nom du failli par les syndics qui seraient ses mandataires légaux (2). Malgré le but louable qu'elle poursuit, cette thèse est arbitraire, car les syndics qui réalisent l'actif d'une faillite sont les mandataires de la masse des créanciers, plutôt que ceux du failli (art. 532, 1°).

---

(1) « Les Compagnies peuvent exiger que le nombre des actions et leurs numéros d'ordre soient indiqués sur l'opposition, de manière à empêcher toute confusion, notamment pour le paiement des coupons, qui sont le plus souvent au porteur. Comment le créancier pourra-t-il se procurer ce renseignement ? » (Buchère, *Traité des valeurs mobilières*, n° 432.

(2) Cass. Ch. civ. rej., 8 mars 1859 (*J. Pal.*, 1859, p. 545, Note Labbé) ; — Orléans, 9 avril 1878 (S. 1878-2-183).

Cependant, depuis quelques années, une théorie plus générale et plus acceptable cherche à étendre les décisions jurisprudentielles sur la vente des titres de rente immatriculés au Grand-Livre, en cas d'insolvabilité commerciale, aux hypothèses d'insolvabilité civile, en conciliant le principe d'insaisissabilité avec le droit de gage des créanciers. Il semble que ces deux notions sont pourtant inconciliables. Mais l'étude attentive de la loi de nivôse an VI conduirait à reconnaître que son texte prohibant uniquement l'opposition ou saisie-arrêt des rentes, autorise par cela même tous autres moyens d'arriver à l'exécution forcée de ces valeurs. Le législateur de l'époque intermédiaire aurait voulu asseoir le crédit de l'Etat en assurant la négociation prompte et facile des rentes par lui émises, que des saisies-arrêts formées entre les mains des agents du Trésor public auraient perpétuellement entravée. Puisque le privilège de l'insaisissabilité des rentes sur l'Etat se rattache intimément à une idée de simplification administrative, il faudra déclarer licites les mesures par lesquelles les créanciers feront valoir leur droit de gage général, sans qu'il en résulte aucune complication pour la comptabilité nationale. Ainsi, l'on devra permettre la vente des titres de rente trouvés par les créanciers au domicile de leur débiteur et les saisies-arrêts formées dans le but de se les faire remettre par un tiers qui les détiendrait, mais interdire, au contraire, tout acte de procédure s'opposant soit au transfert d'un titre déjà vendu par le débiteur, soit au paiement par le Trésor des arrérages qui lui sont dus (1).

En législation, ce système transactionnel pourrait à la rigueur se défendre, mais il nous paraît contraire à l'état actuel de notre droit positif, comme le démontre nettement le

(1) Cass. Ch. civ., 2 juillet 1894 et Ch. req., 16 juillet 1894 (S. et *J. Pal.*, 1895-1-5 ; D. 1895-1-497).

passage suivant de l'exposé des motifs de la loi de nivôse : « Il convenait de priver les créanciers pour l'avenir de toute espèce de droit, saisie ou opposition, soit sur le capital, soit sur les arrérages. Les créanciers, prévenus et instruits qu'ils n'auront point à compter sur cette ressource pour le paiement et la sûreté de leurs créances, règleront à l'avenir leurs transactions en conséquence et se ménageront d'autres sûretés moins sujettes à tromper leur attente » (1).

Il ressort de ces développements qu'un débiteur civil peut, avec quelque habileté, dissimuler très facilement le gage mobilier de ses créanciers. Ajoutons qu'il peut le faire impunément, le législateur ne punissant d'aucune peine ses détournements antérieurs à la saisie. En pareille circonstance, un débiteur failli serait déclaré banqueroutier frauduleux et passible des travaux forcés à temps (art. 591 C. du Com, et 407 C. pén.), la loi ayant réservé toutes ses sévérités pour le commerçant en faillite dont les fautes graves peuvent même le constituer en état de banqueroute simple, et l'exposer à un emprisonnement d'un mois au moins et de deux ans au plus (art. 584 C. com. et 402 C. pén.).

---

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VII, n^{os} 245 et suiv.

CHAPITRE III

DE L'EXTENSION DE LA FAILLITE AUX DÉBITEURS CIVILS

La distinction radicale que font nos Codes entre l'insolvabilité civile et commerciale est donc insoutenable dans la pratique, et appelle évidemment une réforme législative. La plus simple consisterait à étendre les règles de la faillite à la déconfiture des débiteurs non-commerçants. Mais cette solution soulève de vives critiques qui ne sont pas en apparence sans avoir quelque fondement.

Dans son rapport sur la proposition de loi de M. Saint-Martin (1), et de plusieurs de ses collègues, déposée à la Chambre des députés en 1881 pour unifier le régime de la faillite et celui de la déconfiture, M. Courcelle-Seneuil écrivait que « les motifs qui ont dicté la législation sur les suspensions de paiement des commerçants n'existent pas lorsqu'il s'agit de débiteurs civils (2) ». Les adversaires de la faillite civile insistent sur cette idée qu'une pareille institution avec l'ingérence des créanciers dans les affaires de l'insolvable, leur union en une seule masse agissant contre le débiteur, le dessaisissement qu'elle entraîne et tout son cortège de déchéances et de sévérités n'est bonne que pour le commerce dont il faut assurer le

---

(1) *Journ. Off.*, Doc. parl., Ch., décembre 1881, p. 1811.

(2) V. Thaller, *op cit.*, t. I[er], p. 126.

crédit par les plus extrêmes rigueurs. En matière commerciale, ces mesures exorbitantes s'imposent par la *force* même des choses, parce que les hasards de la spéculation étant pour les négociants une nécessité professionnelle, il y a intérêt à faciliter leurs transanctions aventureuses en donnant à leurs créanciers les plus puissantes garanties. Mais cette réglementation, transportée dans les relations civiles, constituerait un danger plutôt qu'un progrès social. Augmenter le crédit d'une personne, n'est-ce pas, en lui donnant le moyen de contracter de nouvelles dettes, l'exposer à un désastre qu'elle aurait peut-être pu éviter ?

Ces considérations ne nous paraissent pas décisives. Les appels au crédit deviennent chaque jour plus nécessaires à tous les particuliers, à quelque profession qu'ils appartiennent. Rappeler la difficulté qu'il y a aujourd'hui à se pousser dans une carrière libérale sans d'importants capitaux, c'est émettre une vérité banale. L'agriculture elle-même, où plus que partout on se méfie des opérations hasardeuses, réclame sans cesse de l'argent et du crédit pour transformer son outillage et s'industrialiser de façon à pouvoir soutenir la concurrence étrangère. Constamment on voit apparaître des entreprises nouvelles qui, malgré leur caractère civil, empruntent au commerce ses procédés d'exploitation. Les laisser sous le régime de la déconfiture serait fatalement en .compromettre le succès en écartant les bailleurs de fonds. Ce sont ces exigences qui ont pour la plus grande part amené le législateur du 1er août 1893 à reconnaître le caractère de sociétés commerciales à toutes les sociétés anonymes ou en commandite, quel que soit leur objet, c'est-à-dire fût-il civil (1).

Avant lui, la jurisprudence et la pratique française avaient

---

(1) V. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VII, p. 30.

fait quelques tentatives pour entrer dans cette voie. Dans quelques ressorts judiciaires importants, dans celui de Lyon par exemple, a fonctionné une procédure particulière dont le but était de réduire à leur minimum les frais de réalisation, d'interdire à certains créanciers de s'assurer une situation privilégiée par une inscription d'hypothèque judiciaire, et d'empêcher le débiteur d'augmenter son insolvabilité par des aliénations frauduleuses, en le dessaisissant de son droit d'administration, et en arrêtant contre lui les poursuites individuelles (1). A la demande des intéressés, le juge des référés désignait un sequestre ou liquidateur, qui recevait mandat d'administrer les biens du débiteur, d'exercer ses actions, de réaliser son actif, et d'en répartir la valeur entre les divers créanciers (2). Ce procédé de liquidation s'appliquait à tous les débiteurs tant commerçants que non-commerçants. Pour les premiers, il avait une utilité spéciale, celle de les soustraire aux conséquences rigoureuses de la faillite, intérêt qui a disparu depuis la réforme réalisée par la loi du 4 mars 1889. Pour les débiteurs civils, ses avantages subsistent toujours à raison des inconvénients de la liquidation ordinaire.

Malheureusement, cette pratique ingénieuse a dû disparaître devant la résistance de la Cour de Cassation à la consacrer. Il est en effet trop certain qu'elle constituait dans le silence des textes un ensemble de mesures illégales que la Cour suprême avait le devoir de condamner. Deux séries d'arguments avaient été pourtant produites dans le désir de la justifier. Aux termes de l'art. 1961 C. civ., le juge, a-t-on dit, peut ordonner le séquestre « d'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs

(1) Douai, 3 déc. 1867 (S. 1868-2-35).

(2) Garraud, *op. cit.*, p. 218 et suiv. ; — Charmont, *Examen doctrinal* (*Revue critique*, p. 79 et suiv., année 1891).

personnes ». On ajoute que la tradition autorise les tribunaux à ordonner cette mesure toutes les fois qu'ils estiment qu'il y a nécessité de le faire (1). Or cette nécessité s'impose d'une façon impérieuse en matière de déconfiture, pour empêcher le débiteur de dissiper frauduleusement son patrimoine, gage de tous ses créanciers. Il importe en conséquence de lui en enlever la possession et d'en confier la garde à un sequestre chargé de l'administrer, de le réaliser et de le liquider dans l'intérêt collectif des créanciers.

Cette argumentation prête à une double critique : elle méconnaît complètement la nature des pouvoirs du séquestre en transformant sa mission, dont l'objet unique est de conserver la chose en un mandat de la réaliser. Elle sacrifie à l'intérêt collectif de la masse des créanciers les droits individuels de chacun d'eux et ceux de leur débiteur. Dessaisir ce dernier de la faculté d'administrer son patrimoine quand aucun texte ne la lui enlève, c'est violer la disposition fondamentale de l'art. 537 du Code civil, et c'est faire aussi de l'arbitraire que d'arrêter les poursuites des créanciers pour les mettre en demeure de produire leurs titres dans un délai donné, à peine de forclusion (2).

Mais on a proposé un système plus spécieux pour établir la régularité de ces liquidations judiciaires (3). Lorsque la contrainte par corps existait en matière civile et commerciale, la loi permettait au débiteur malheureux et de bonne foi d'y échapper en abandonnant en justice tous ses biens à ses créanciers (art. 1268 C. civ.). Si les insolvables n'ont plus besoin de recourir à cette institution pour avoir la liberté de

---

(1) Ordonnance de 1667, tit. XIX, art. 2.

(2) Arrêt de Nancy du 21 juillet 1875, cassé le 10 juillet 1876 (S. 1876-1-405) ; — Cass., 17 janv. 1855 (S. 1855-1-97) ; — 14 nov. 1883 (S. 1885-1-423) ; — 13 nov. 1889 (S. 1890-1-8).

(3) Garraud (*Journal des Faillites*, 1882, p. 159).

leur personne, pourquoi ne l'utiliseraient-ils pas pour obtenir une liquidation moins onéreuse? Malgré son caractère séduisant, cette théorie n'est pas plus acceptable que la précédente, parce que, comme celle-ci, elle a le défaut de faire la loi au lieu de l'interpréter. La cession de biens judiciaires doit être restreinte aux hypothèses pour lesquelles on l'a établie, puisqu'elle prive les créanciers de la faculté de poursuivre individuellement leur débiteur.

Que faut-il conclure de cette discussion? Que le procédé de liquidation imaginé par la pratique n'est légal que si tous les intéressés sont d'accord pour y recourir. Si, parmi eux, il existe des dissidents, il faut leur conserver le droit d'exercer séparément leurs actions. Et cette solution rigoureuse ne nous paraît susceptible que d'un seul tempérament : le créancier qui exerce une poursuite doit établir non seulement le droit, mais l'intérêt qu'il a à l'intenter. Par exemple, si la masse avait déjà mis en vente un bien appartenant à l'insolvable, le Tribunal pourrait déclarer l'action du créancier isolé irrecevable pour défaut d'intérêt.

Il y aurait cependant une hypothèse où, malgré le désaccord des créanciers, il serait possible d'obtenir la nomination d'un liquidateur judiciaire : c'est dans le cas où un héritier bénéficiaire, pour se décharger du souci d'éteindre le passif, abandonne les biens de la succession aux créanciers du défunt (art. 802 C. civ.). Si ces derniers ne s'entendent pas sur les mesures de liquidation, il appartient au Tribunal d'y pourvoir, en la confiant, s'il y a lieu, à un gérant ou à un mandataire général, et non pas à un curateur, comme on l'a avancé à tort, puisque la succession n'est pas vacante (1).

On est même allé plus loin dans cette voie en essayant de soutenir qu'une succession bénéficiaire, étant comparable à

(1) V. Aubry et Rau, t. VI, p. 448, texte et note 17.

une succession en faillite, doit être soumise à toutes les règles de cette institution. En matière de faillite, le débiteur dessaisi de ses pouvoirs d'administration ne peut augmenter son passif, ni diminuer son actif. Ces deux effets sont communs au bénéfice d'inventaire, puisque la séparation des patrimoines qu'il implique empêche les obligations de l'héritier d'augmenter le passif successoral, et que toute aliénation lui est interdite, si ce n'est dans l'intérêt des créanciers. L'héritier qui liquide la succession apparaît donc plutôt comme leur préposé, comme une sorte de syndic, que comme un propriétaire. L'article 2146 C. civ., modifié par l'article 448 C. com., qui annule les inscriptions d'hypothèque prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls, ou après l'ouverture d'une succession bénéficiaire, semble donner à cette opinion un fondement sérieux dans la loi. Aussi, partant de cette prétendue identité de situations, a-t-on quelquefois admis, entre autres conséquences, que le bénéfice d'inventaire suspend les poursuites individuelles des créanciers (1).

Mais cette théorie n'a pas prévalu contre une analyse plus exacte des droits de l'héritier bénéficiaire. Celui-ci n'est pas uniquement un mandataire des créanciers, il agit pour son propre compte, et l'on comprend que ses intérêts soient quelquefois opposés à ceux de tel ou tel créancier. En fait, le droit de poursuite individuelle n'est pas toujours inutile ; en droit, il est impossible de l'enlever aux créanciers dans le silence des textes, et à ce point de vue, l'article 2146 C. civ. est une disposition exceptionnelle qu'il est impossible d'étendre par argument d'analogie (2).

Il peut alors arriver que l'héritier, après avoir obtenu l'auto-

---

(1) V. Garraud, *op. cit.*, pp. 145 et suiv.

(2) Charmont (*Revue critique*, 1890, p. 1) ; — Vigié, *Cours de droit civil*, t. II, p. 126.

risation de procéder à la vente des immeubles de la succession (art. 806 C. civ.), reçoive d'un créancier un commandement à fin de saisie immobilière. Ne doit-on pas décider, dans la rigueur des principes, que ces deux poursuites étant régulières doivent chacune suivre leur cours, sauf à imaginer un système pour régler les difficultés que cette double procédure ferait naître inévitablement ? Cette solution serait pratiquement très fâcheuse, parce qu'elle susciterait des complications et grèverait la succession de frais de justice considérables. Mais la jurisprudence évite ces résultats en décidant qu'il appartient au Tribunal d'indiquer qui sera chargé de la poursuite, en se déterminant par l'intérêt bien entendu des parties. En conséquence, le créancier saisissant peut donc se voir contraint d'abandonner sa procédure, s'il est démontré qu'elle est inopportune pour la masse et sans intérêt spécial pour lui, — solution très juridique, car pour intenter une action il faut justifier à la fois du droit et de l'intérêt (1).

Le législateur a pour ainsi dire généralisé et synthétisé toutes ces diverses mesures dans une hypothèse où l'application du droit commun eût été manifestement impuissante à mener à bien la liquidation d'une importante entreprise civile acculée à l'insolvabilité. Lors de la débâcle de la Société du Canal de Panama, une loi spéciale du 1er juillet 1893 a été faite pour appliquer à cette Compagnie les règles fondamentales de la faillite, que les principes alors en vigueur empêchaient de lui étendre malgré sa forme commerciale, à raison de son caractère immobilier (2).

---

(1) Orléans, 18 mai 1888 (S. 1889-2-123) ; — Rouen, 31 juillet 1883 (S. 1884-4-19).

(2) Loi du 1er juillet 1893 relative à la liquidation de la Compagnie universelle du Canal interocéanique de Panama (*Annuaire de législation française*, année 1893, p. 165).

La loi de 1893 a voulu assurer dans une vue d'ordre public la liquidation rapide et économique de la Société, en concentrant toutes les poursuites entre les mains d'un représentant des créanciers, et notamment des obligataires, et en leur enjoignant de faire vérifier et admettre leurs créances, conformément aux art. 495 et 497 C. com., dans un délai de six mois sous peine de forclusion. L'insuffisance de la déconfiture a rendu nécessaire une loi de circonstance dans un cas où un désastre financier prenait l'étendue d'une calamité publique. Ses inconvénients sont les mêmes, toutes proportions gardées, quand il s'agit de l'insolvabilité d'un simple particulier. Aussi appelons-nous de tous nos vœux une autre règlementation de l'insolvabilité civile, ou pour parler plus nettement la soumission complète des non-commerçants au régime de la faillite. Cette réforme peut seule mettre notre législation au niveau de celle des principaux États étrangers, dont les lois sont pour la plupart plus prévoyantes que les nôtres.

CHAPITRE IV

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

Ces législations peuvent se ramener à trois types principaux : à l'exemple du droit français, les unes se contentent de réglementer avec le plus grand soin la faillite des commerçants en négligeant d'une façon presque absolue de déterminer les effets de l'insolvabilité civile.

D'autres consacrent une organisation spéciale et distincte à la faillite des commerçants et à la déconfiture des débiteurs civils.

Les troisièmes enfin ne connaissent point de règles particulières pour l'insolvabilité civile, qui est de tous points assimilée à l'insolvabilité commerciale.

Premier Groupe. — Il comprend les législations belge, italienne, portugaise, et généralement celle des divers États de l'Amérique du Sud.

En Belgique, les commerçants sont soumis à la loi du 18 avril 1851 sur les faillites et banqueroutes, et à celle du 29 juin 1887 sur le concordat préventif. Mais aucune réforme n'a été faite pour améliorer le régime français relatif à la déconfiture des débiteurs civils.

Le Code civil italien, tout en indiquant certains effets spéciaux à la déconfiture, s'abstient de les rapprocher pour en former un système d'ensemble.

Telle est aussi la méthode de la loi portugaise et de celles du Mexique, du Pérou, du Brésil, du Chili, du Guatémala, de l'Uruguay et de la République Argentine, qui dérivent indirectement du Code civil français (1).

Deuxième Groupe. — L'Espagne a suivi les errements des autres législations latines jusqu'en 1855, époque à laquelle une loi de procédure organisa une faillite particulière pour les non-commerçants. Le Code de procédure de 1881 consacre la distinction entre les commerçants et les autres particuliers en réglant dans ses art. 1318 à 1396 la procédure concernant la faillite proprement dite, et celle de l'insolvabilité civile dans les art. 1130 et 1317. Le Code de commerce de 1885 (livre IV) et le Code civil de 1889 (art. 1914) reproduisent ces deux réglementations, qui malgré leurs divergences présentent les mêmes caractères essentiels : cessation des poursuites individuelles, dessaisissement du débiteur. Il importe cependant de noter que si celui-ci est commerçant, il encourt la faillite par le seul fait de la cessation de ses paiements ; s'il n'a pas cette qualité, il faut qu'il soit sous le coup de plusieurs saisies et que ses biens soient reconnus insuffisants pour acquitter les dettes connues (article 1158 Code pr. civ.) (2).

En Autriche, la loi du 25 décembre 1868, imitée de l'ancienne loi prussienne du 8 mars 1855, applique les principes de la faillite à tous les débiteurs, mais avec quelques réserves pour les non-commerçants, dont la plus importante est qu'ils ne peuvent obtenir le bénéfice d'un concordat. Ajoutons que les cas d'ouverture de la faillite varient avec la qualité des insolvables.

---

(1) V. Lyon-Caen et Renault, *op. cit*, t. VII, pp. 34 et suiv. ; — Ducos de Lahaille, *op. cit.*, pp. 210 et suiv.

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VII, p. 33 ; — Ducos, *op. cit.*, p. 210 ; — Thaller, *op. cit.*, p. 153.

Pour les commerçants, le critérium de l'insolvabilité est la cessation des paiements; pour les autres débiteurs, il consiste (hormis le dépôt volontaire du bilan) soit dans l'existence de plusieurs procédures d'exécution, soit dans la fuite de la personne qui est au-dessous de ses affaires (1).

En Russie, la faillite est également une institution de droit commun. Mais le Code de procédure de 1841, obéissant au même esprit que la législation autrichienne, écarte certaines règles de la faillite quand le débiteur n'est pas commerçant (2).

Les États-Unis sont restés fidèles au système qui était admis en Angleterre dans la première moitié du siècle et distinguent entre la *bankruptcy*, faillite commerciale, et l'*insolvency*, applicable aux non-commerçants (3).

Les législations des pays scandinaves et de la Finlande doivent enfin clore cette liste, comme étant de toutes celles du deuxième groupe les plus voisines de l'assimilation absolue entre commerçants et non-commerçants (4).

Troisième Groupe. — L'Angleterre, l'empire d'Allemagne et la Hollande ont définitivement abandonné le système dualiste auquel leur législation avait pendant longtemps adhéré.

Angleterre. — En 1571, fut promulguée sous le règne d'Élisabeth une véritable loi de faillites (bankruptcy), applicable aux seuls commerçants. L'insolvabilité civile restait sous l'empire du droit coutumier, qui laissait à chaque créancier

---

(1) Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, pp. 32 et 33; — *Bull. Soc. lég. comp.*, 1887-1888.

(2) Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, p. 35; — Ducos, *loc. cit.*, p. 211.

(3) Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, p. 33; — Ducos, *loc. cit.*, p. 211.

(4) Lois norwégiennes du 6 juin 1863 et du 3 juin 1874; — Loi danoise du 25 mars 1872; — Lois suédoises de 1862 et de 1882 (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1885, p. 64 à 89, et *Coll. Codes étrangers*, v. p. 283 à 332).

l'exercice individuel de ses droits. En 1813, le droit anglais entra dans une phase nouvelle de son évolution : pour mettre un terme aux rigueurs excessives de la contrainte par corps, une procédure plus perfectionnée (insolvency) fut organisée pour les débiteurs civils. Ce dualisme législatif se manifesta par la création de deux tribunaux spéciaux, la *Court for the relief of insolvent debtors,* qui connaissait des faillites non commerciales, et la *the Bankruptcy Court,* juridiction des faillites ordinaires. Des lois successives de 1843, 1845, 1861 et 1869 réunirent progressivement les deux institutions en maintenant entre elles des différences de détail. Cette étape législative est marquée par la suppression de la *Court for the relief insolvent debtors*. Enfin une loi du 25 août 1883, dont l'objet était de réorganiser la législation des faillites, a complété ces réformes en faisant disparaître les derniers vestiges de la distinction entre l'*insolvency* et la *bankruptcy*, et en réalisant l'assimilation complète des commerçants et des non-commerçants. Une loi du 30 août 1889 a étendu ces principes au territoire irlandais (1).

Allemagne. — En Allemagne, la faillite a toujours été une institution de droit commun applicable à tous les débiteurs sans distinction. Cependant les rédacteurs du Code prussien du 8 mai 1855 crurent utile de traiter la faillite des commerçants et des non-commerçants en des titres séparés et suivant des règles différentes. Aujourd'hui, le droit particulier des divers États germaniques a fait place à un Code des faillites général promulgué le 10 février 1877 pour être obligatoire dans tout l'Empire d'Allemagne à partir du 1er octobre 1879. A la différence de la loi prussienne du 8 mai 1855, ce document légis-

(1) Thaller, *op. cit.,* t. Ier, pp. 105 et suiv. ; — Lyon-Caen, *Loi anglaise sur la faillite, du 25 août 1883* (Introduction historique).

latif assimile complètement commerçants et non-commerçants (1).

Hollande. — Une réforme identique vient d'être dernièrement réalisée en Hollande par la loi du 30 septembre 1893 sur la faillite et le sursis de paiement, en vigueur depuis le mois de septembre 1896 (2).

En dehors de ces trois types législatifs, nous sommes obligés de faire une place à part au système de la loi fédérale suisse du 11 avril 1889, dont la conception originale mérite des développements particuliers. Avant cette loi, dont l'application ne date que du 1er janvier 1892, la matière qui nous occupe était régie par des lois cantonales divergeant à l'infini. Deux tendances générales se manifestaient pourtant au milieu de cette confusion : les cantons allemands, imbus des traditions germaniques, soumettaient à la faillite tous les débiteurs sans exception, alors que les cantons romands en faisaient, à l'exemple du droit français, une institution spéciale aux commerçants. Dès 1865, on s'était préoccupé de la rédaction d'une législation unitaire des faillites. Mais les diverses commissions chargées d'élaborer ce travail ne purent faire œuvre utile que lorsque le vote populaire du 19 avril 1874 eut attribué à la Confédération le pouvoir de légiférer sur les poursuites pour dettes. Le système qui a définitivement triomphé consacre une transaction curieuse entre les idées françaises et germaniques, avec la distinction fondamentale de la faillite facultative et de la faillite obligatoire : en principe, tout débiteur au-dessous de ses affaires peut se faire mettre en faillite en se

---

(1) Lyon-Caen et Renault, Traité VII, p. 32 ; — Ducos, *op. cit.*, p. 214 ; — Thaller, *op. cit.*, t. Ier, pp. 86 et suiv. ; — *Bull. Soc. lég. comp.*, 1887-1888.

(2) Lyon-Caen et Renault, t. VII, p. 34 ; — *Annuaire de lég. ét.*, 1894, p. 400 et suiv.

déclarant insolvable. Mais ce procédé de liquidation s'impose aux débiteurs qui ont cherché à se soustraire aux atteintes de leurs créanciers en prenant la fuite, ou en dissimulant leur actif, et aux personnes inscrites sur les registres du commerce, soit que l'inscription constitue pour elles une obligation (commerçants, industriels, sociétés par actions), soit qu'elles l'aient sollicitée pour augmenter leur crédit (1).

Comme nous l'avons fait pressentir, nos préférences vont aux législations qui réalisent l'unité. Il nous reste à expliquer ce qui constitue à nos yeux la supériorité du système qui s'en tient à une seule réglementation des faillites, sur celui qui consacre deux faillites séparées.

En prenant pour terme de comparaison la législation autrichienne qui a été souvent proposée comme un modèle de réforme au législateur français, nous constatons que la faillite commerciale et la faillite civile s'ouvrent et se clôturent suivant des principes différents. En Autriche, le concordat est une faveur réservée aux faillis commerçants. On en justifie le refus aux débiteurs civils en alléguant que le concordat repose uniquement sur l'espoir de relèvement de l'insolvable et ne se comprend que pour les commerçants, qui seuls ont chance par la spéculation de rétablir leurs affaires. On fait aussi valoir que la faillite des débiteurs civils ne mérite aucune indulgence, les simples particuliers devant s'interdire l'aléa des spéculations. Ces arguments nous paraissent plus spécieux que raisonnables. Beaucoup de personnes sont entraînées à la ruine non point par leur imprudence, mais par la fatalité des évènements, et il n'est pas démontré non plus qu'un revirement du destin ne leur rende plus tard la fortune. Tout dépend

(1) Thaller, *op. cit.*, pp. 96 et suiv. ; — Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VII, p. 35 ; — Ducos, *op. cit.*, p. 215.

des circonstances dont la majorité des créanciers est meilleur juge que la loi (1).

En ce qui concerne le critérium légal de l'insolvabilité auquel le magistrat doit s'attacher pour déclarer la faillite, la loi autrichienne indique en matière commerciale la cessation des paiements, en matière civile des faits particuliers tels que la fuite du débiteur, ou plusieurs saisies dirigées contre lui. Certains auteurs trouvent cette différence fondée sur la nature même des choses (2). L'exactitude dans les paiements, nécessité inéluctable dans le commerce, où les rentrées sont combinées avec les échéances, n'a pas une importance aussi rigoureuse dans la vie civile, à cause du peu d'étendue des transactions. Il ne serait pas possible d'assigner à l'insolvabilité civile les mêmes signes révélateurs qu'à l'insolvabilité commerciale, pour la raison fort simple que les particuliers n'ont pas l'habitude de traiter sous un terme de rigueur.

Il ne dépend que de la loi d'assurer une plus grande régularité dans l'exécution des obligations ordinaires. Du jour où le législateur sanctionnerait énergiquement le défaut de paiement à l'échéance, des usages différents s'introduiraient dans les mœurs, et l'on pourrait alors tenir pour suspects ceux qui n'acquitteraient pas leurs dettes à l'époque fixée par la convention. Le crédit commercial gagnerait à cette mesure, car bien des faillites n'ont d'autre origine que l'inexplicable faiblesse de la loi à l'égard des débiteurs civils (3).

Très critiquable au point de vue théorique, le système qui institue deux séries de règles parallèles en matière de faillite conduit à de fâcheux résultats dans le domaine de la pratique.

---

(1) Thaller, *op. cit.*, t. I[er], p. 166.

(2) Garraud, *op. cit.*, pp. 258 et 268.

(3) Thaller, *op. cit,* t. I[er], pp. 151 et suiv. ; — Ducos, *op. cit.*, pp. 238 et suiv.

En l'état de notre législation, le débiteur assigné en déclaration de faillite fait très souvent plaider qu'il n'exerce pas le commerce, pour échapper à la poursuite dont il est l'objet. Cette occasion de chicanes et de controverses disparaît si l'on applique la faillite à tout le monde, mais pour reparaître sous une autre forme si l'on établit deux groupes de principes différents. Dans le système autrichien, par exemple, la personne à qui on reproche la cessation de ses paiements a intérêt à soutenir, au début de l'instance, qu'elle n'est pas commerçante pour éviter la faillite de ce chef, et à revendiquer au contraire cette qualité dans le cours même du procès, afin d'obtenir un concordat. L'institution d'une faillite unique aurait seule la vertu de mettre un terme à ces litiges, causes de complications et de frais.

Malheureusement, l'adoption d'une pareille théorie se heurterait chez nous à un obstacle de nature à faire perdre à l'œuvre d'unification qu'elle réaliserait une bonne partie de ses avantages. Nous faisons allusion à l'existence de deux juridictions distinctes pour les affaires civiles et pour les affaires commerciales. Pour couper court aux discussions inévitables sur la question de savoir devant quel tribunal il conviendrait de porter la demande en déclaration de faillite, il faudrait ou supprimer les Tribunaux de commerce, ou abolir leur compétence dans la matière qui nous occupe. C'est dans ce dernier sens que M. Thaller se prononce (1). Mais cette réforme partielle, au lieu d'éviter les complications, les ferait très probablement surgir, parce qu'on serait presque fatalement contraint de renvoyer devant le tribunal consulaire la plupart des contestations relatives à l'admission des créances, et de lui confier l'homologation des concordats dans les faillites commerciales.

---

(1) Thaller, *op. cit.*, t. II, n° 155.

Malgré les difficultés de réalisation pratique que rencontrera en France la promulgation d'une seule loi des faillites, l'évolution des législations anglaise, allemande et hollandaise, sans parler des lois suisses et scandinaves, nous montre que le système unitaire est celui de l'avenir. « La réforme ainsi conçue aurait pour principal avantage d'approprier aux dettes civiles un mode de liquidation que l'indifférence des débiteurs et l'inefficacité des saisies individuelles rendent chaque jour plus désirable ; mais ce ne serait pas le seul. Elle aurait une signification plus haute, et orienterait notre législation tout entière vers un but d'unification » (1).

---

(1) Thaller, *op. cit.*, t. I[er], p. 157.

CONCLUSION

Les développements qui précèdent démontrent que l'évo-volution du droit privé s'oriente à notre époque vers un état ultérieur d'où sera bannie la distinction radicale du droit civil et du droit commercial. Avec la théorie des obligations et celle de la faillite, nous avons vu se dessiner un mouvement jurisprudentiel, doctrinal et législatif dans le sens de l'application aux rapports de la vie civile des règles commerciales plus en harmonie avec les besoins actuels. Dans notre chapitre sur la procédure, nous avons découvert plutôt une tendance à la suppression d'une institution intéressée à défendre l'autonomie des deux droits, celle des tribunaux de commerce. En ce qui concerne les faits générateurs d'engagements et les procédés de liquidation, la législation commerciale empiète chaque jour sur la législation civile ; mais pour tout ce qui a trait à la vérification du droit et à sa constatation, ce sont les formes commerciales qui s'effacent au contraire devant celles du droit commun.

Une sorte d'équilibre semble donc s'établir entre ces forces contradictoires. L'acte et son exécution se commercialisent sans cesse, tandis que l'action évolue rapidement vers l'adoption des principes du droit civil. Ainsi, en l'absence d'une démarcation précise des rapports civils et commerciaux, les deux parties du droit privé se pénètrent et se confondent, em-

portées dans un irrésistible mouvement d'unification et de fusion législatives.

C'est qu'en effet, le dédoublement des règles légales en deux Codes régissant l'un les matières civiles, l'autre les actes commerciaux, semble dû surtout à des causes purement contingentes dénuées de valeur aujourd'hui. Historiquement la distinction des faits civils et des faits de commerce est restée inconnue aux jurisconsultes romains, ces maîtres incomparables de l'analyse juridique. Elle s'est formée et développée au Moyen-Age à la faveur du morcellement du territoire et du fractionnement de la population en classes isolées et souvent ennemies, dont chacune avait ses coutumes propres et ses privilèges spéciaux. Dans une pareille organisation, les corporations des marchands devaient fatalement faire prévaloir pour la sauvegarde de leurs intérêts des règles moins formalistes et plus souples que celles qui présidaient aux relations de la vie ordinaire immobilisée dans les liens de la hiérarchie féodale. Mais il y a lieu de s'étonner que la Révolution française qui, partout ailleurs, a pris à tâche d'unifier le droit national, ait laissé subsister une loi particulière aux commerçants. L'existence de deux Codes différents n'est-elle pas une anomalie dans une société qui ne connaît plus les immunités et les castes (1) ! En main-

(1) A propos d'une communication sur la loi autrichienne du 5 décembre 1896, relative à la réorganisation des tribunaux industriels, faite à la Société de législation comparée dans la séance du 10 février 1897, MM. Desjardins et Ch. Lyon-Caen se sont élevés avec force contre cette institution. « Jadis, on donnait au clergé des tribunaux d'exception; aujourd'hui, les ouvriers réclament sur divers points de l'Europe des juridictions privilégiées. Il ne faut pas emprunter ces procédés à l'ancien régime, en faveur d'un groupe, quel qu'il soit », a fait observer M. Desjardins. M. Ch. Lyon-Caen s'est associé, en ces termes, à cette observation : « La multiplicité des juridictions ne peut marcher d'accord avec la suppression de toutes

tenant la séparation traditionnelle des deux droits, les auteurs de la codification moderne n'ont-ils pas été dupes d'une illusion ? Si le commerce a des habitudes et des procédés spéciaux pour traiter les affaires, pourquoi consacrer ces divergences superficielles par une séparation fondamentale en législation ? L'exemple de grandes nations commerçantes comme l'Angleterre et les États-Unis, qui régissent toutes les relations de droit privé à l'aide des mêmes principes, démontre d'ailleurs mieux que toutes les considérations abstraites qu'il n'y a pas entre elles de différences d'essence ou de nature.

Inexplicable à un point de vue rationnel et logique, le dualisme des lois civiles et commerciales paraît néfaste en pratique, où il devient une source de complications et de procès. Il est souvent malaisé d'établir le caractère civil ou commercial d'une contestation pour déterminer par exemple la compétence ou les modes de preuve admissibles en l'espèce. De là des erreurs, des instances inutiles, et partant des complications et des frais, qui nuisent à la bonne administration de la justice. Aussi, peut-on signaler dans les législations modernes, amoureuses de simplicité et de célérité, une marche significative vers la suppression d'un état de choses qui suscite d'inextricables difficultés judiciaires.

Ce qui n'est encore qu'une tendance dans la plupart des États européens, est aujourd'hui un fait accompli dans un pays

---

distinctions entre les citoyens, fondées sur leurs conditions ou leurs professions. On en arrive à se demander à quelles affaires serait limitée la compétence des tribunaux de droit commun, si toutes les propositions relatives à des juridictions spéciales étaient admises. » (*Bulletin mensuel de la Société de législation comparée*, 10 mars 1897.) — Cependant, ce même auteur a adopté une solution en opposition avec ces paroles, dans le premier volume du *Traité de Droit commercial*, où il se prononce pour le maintien des tribunaux de commerce.

voisin du nôtre, la Confédération helvétique. Depuis le 1er janvier 1883, date de sa mise en vigueur, le Code fédéral suisse des obligations a supprimé ou du moins atténué autant que possible la distinction des actes civils et des actes de commerce, des commerçants et des non-commerçants. Il n'y a pas lieu d'être surpris de cette réforme quand on réfléchit à la profonde perturbation économique qui depuis cinquante ans a totalement modifié les conditions de la vie. Grâce aux chemins de fer, aux postes, aux télégraphes, les simples particuliers se livrent fréquemment à des opérations qui étaient jadis le monopole des commerçants ou entrent journellement en relations d'affaires avec eux. Insensiblement la connaissance des usages du commerce se répand dans toutes les classes de la société, préparant les voies à l'unification législative.

De très fortes raisons combattent donc en faveur de la suppression de l'autonomie des deux Codes. Cependant on fait valoir contre cette réforme plusieurs objections dont nous devons examiner les plus spécieuses et les plus pressantes. Les lois commerciales tendent, à notre époque, à s'unifier dans tous les États de l'Europe parce que les besoins du commerce sont à peu près les mêmes partout. L'Allemagne, alors qu'elle constituait encore la Confédération germanique, était parvenue, même en l'absence d'un Parlement central, à avoir une législation commerciale complètement uniforme. Depuis 1883, la Suisse, qui avait des lois commerciales différentes pour chacun de ses cantons, possède, sous le nom de Code fédéral des obligations, une codification générale qui touche à presque toutes les matières du droit commercial. Les trois Parlements des États scandinaves ont adopté en 1880 et 1881 une loi sur les lettres de change et les billets à ordre, commune au Danemark, à la Suède et à la Norwège (1). En 1890, les principaux

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. Ier, nos 48 et suiv.

États de l'Europe ont signé à Berne une convention établissant une législation unique pour les transports internationaux de marchandises (1). Encouragés par ces exemples, beaucoup de jurisconsultes croient possible d'arriver à l'élaboration d'un Code de commerce universel (2). Mais ne rendrait-on pas ce projet irréalisable en mêlant aux règles du commerce internationales de leur nature, des principes d'ordre civil dont le caractère varie avec les diverses législations? Répondons qu'en l'état des choses, l'idée d'un Code de commerce universel n'est qu'une conception chimérique. Toutes les lois commerciales contiennent actuellement des règles d'ordre public, ayant trait à la capacité des personnes, à la procédure, et même à certaines infractions, qui, se rattachant intimément à tout le système législatif d'un pays, s'opposent à la complète unification des divers droits commerciaux. Les différents États devront se borner pendant longtemps encore à négocier des accords portant sur des objets particuliers, comme le transport et les lettres de change, accords auxquels l'existence d'un droit privé uniforme ne saurait mettre de sérieux obstacles, comme le démontre l'exemple de la Suisse. Si même l'on arrivait par des conventions successives à élaborer un ensemble de principes commerciaux commun aux diverses nations, il est évident que l'harmonie n'existerait que dans les textes, et non dans leur application, à cause de la divergence des théories générales due au défaut de concordance des législations civiles de chaque pays ; en sorte que l'on ne saurait concevoir la création d'un droit commercial véritablement universel sans

---

(1) Cette convention, signée le 14 octobre 1890, a été approuvée pour la France par la loi du 29 décembre 1891 (Lyon-Caen, *Journal de Droit international privé,* 1893, pp. 465 et suiv.).

(2) *D'un projet de Code de commerce international* (Lettre de M. Ch. le Touzé à M. de Parieu, et réponse, 1868).

l'unification de ces diverses législations, base de toutes les doctrines fondamentales en droit privé (1).

S'il est facile de montrer la faiblesse de cette première objection, il est plus malaisé de répondre aux considérations qui vont suivre. La distinction que font nos Codes entre commerçants et non-commerçants, due pour la plus grande partie à des causes accidentelles, ne serait pas pourtant totalement arbitraire. Il y aurait pour ainsi dire une loi naturelle qui « répartit les hommes en deux catégories dont l'une cherche la richesse, se livre aux aventures, escompte son travail, tombe ou s'élève, donne aliment aux besoins de progrès, de nouveauté, de perfectionnement en toute chose, tandis que l'autre fait contre-poids à la première, comprime cette soif de fortune peu exemplaire le jour où elle se généraliserait, vit de ce qu'elle a et non de ce qu'elle aura, entretient l'esprit de conservation avec la sagesse d'une position moyenne ennemie des escalades (2) ».

Sans exagérer ce péril, il faut du moins l'examiner à titre

---

(1) V. Vivante, *Un Code unique des obligations* (*Annales de Droit commercial*, 1893).

Pour la solution des conflits de loi, certains auteurs (Goldschmidt) ont proposé de faire de la loi du domicile la loi régissant le statut personnel en matière commerciale. Mais l'Institut de Droit international n'a pas admis cette proposition (session de Lausanne, 1888), et a maintenu le principe de la nationalité en toutes matières, parce que la séparation des contrats civils et commerciaux est bien artificielle dans toutes les législations qui l'admettent. Mais il n'est pas douteux, en présence de la tendance actuelle à la commercialisation du droit des obligations, que le domicile réclamera, en matière de contrats, la place occupée aujourd'hui par la loi nationale au fur et à mesure que le droit commercial s'érigera en droit commun. (Cf Chausse, *Journal de droit international privé,* p. 22, année 1897.)

(2) V. Vivante, *loc. cit.* (*N. de la R.*)

préventif. Nous ne prétendons pas que l'on doive, en législation, ériger la thèse de l'unification du droit civil et du droit commercial en un système étroit et absolu. Il serait absurde en effet de provoquer des bouleversements sociaux au nom d'une conception trop rigoureusement théorique. La fusion définitive des deux parties du droit privé vers laquelle s'orientent fatalement les Sociétés modernes égalitaires et démocratiques, ne sera point l'œuvre d'une réforme préconçue, mais le résultat d'une longue série de retouches imposées par les nécessités grandissantes du crédit et les besoins croissants de simplification et d'harmonie législative.

Vu : Le Président de la thèse,
Montpellier, le 2 décembre.
CHAUSSE.

Vu : Le Doyen de la Faculté de droit,
Montpellier, le 3 décembre.
VIGIÉ.

Vu et permis d'imprimer :
Montpellier, le 4 décembre 1897.
Le Recteur,
J. GÉRARD.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION HISTORIQUE. 7

PREMIÈRE PARTIE

CONTRATS ET OBLIGATIONS

CHAPITRE PREMIER. — DE LA DISTINCTION DES ACTES CIVILS ET COMMERCIAUX 17

CHAPITRE II. — DES ACHATS POUR REVENDRE 25

CHAPITRE III. — DES SOCIÉTÉS 30

CHAPITRE IV. — DES TITRES A ORDRE ET AU PORTEUR. . . . 51

CHAPITRE V. — PRÊT A INTÉRÊT 62

CHAPITRE VI. — DU GAGE 69

CHAPITRE VII. — CAUTIONNEMENT ET SOLIDARITÉ 78

CHAPITRE VIII.— THÉORIE DE L'ACCESSOIRE 88

DEUXIÈME PARTIE

DES ACTIONS EN JUSTICE

CHAPITRE PREMIER. — ORGANISATION DES TRIBUNAUX DE COMMERCE 91

a) Critique des juridictions commerciales. 95

Pages

CHAPITRE II. — Compétence 104

a) Compétence *ratione materiæ* 104

b) Compétence *ratione personæ* 107

1° Article 420 Code proc. civ. 107

2° Contestations entre étrangers. 110

CHAPITRE III. — Procédure 116

a) Extension aux procès commerciaux de la caution *judicatum solvi* 116

b) De la création de la procédure des référés en matière commerciale. 120

c) Des preuves. 123

TROISIÈME PARTIE

DÉCONFITURE ET FAILLITE

CHAPITRE PREMIER. — Histoire de la séparation des deux institutions. 127

CHAPITRE II. — Insuffisance de la législation de la déconfiture. 136

CHAPITRE III. — De l'extension de la faillite aux débiteurs civils. 142

CHAPITRE IV. — Législations étrangères. 150

Conclusion 159

MONTPELLIER. — IMPRIMERIE GUSTAVE FIRMIN ET MONTANE